

التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها

فهد بن خلف المطيري

الأستاذ المساعد بقسم الفقه، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة القصيم

ملخص البحث. الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ .. وبعد :

فإن هذا البحث قد اشتمل على دراسة مسائل تعنى بالقبض ، ففيه أحكام التصرف بالمملوك بغير البيع قبل قبضه سواء أكان في عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه أم لا .

وقد بينت فيه معنى ما يخشى انفساخ العقد فيه بتلف المعقود عليه قبل قبضه ، وأن جمهور أهل العلم يرون أن الملك غير المستقر هو الملك الذي يمكن انفساخ العقد فيه من غير إرادة المتعاقدين ، أو كان يمكن فسخه بغير إرادة المالك ، ويرى جمهور أهل العلم في الجملة أن الذي يمنع التصرف فيه هو ما كان فيه احتمال انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل القبض ، وأما إن كان احتمال انفساخ العقد بسبب غير التلف سواء أكان من جهة أحد العاقدين ، أو غيرهما فإنه لا يمنع التصرف .

وتوصلت إلى أنه تجوز المعاوضة عن كل ما ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه ، وكذا يجوز التصرف فيه بغير المعاوضة .

وأنه يجوز التصرف فيما لا يخش انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة ، وبغيرها .

وأنه يجوز التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقود غير المعاوضات .

و يجوز التصرف بالأعيان المملوكة قبل قبضها في غير العقود كالتصرف في استحقاق أموال الوقف ، والأعيان المملوكة

بالميراث قبل قبضها .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين أحمده و هو للحمد أهل وأشكره وهو للشكر محل ، وأصلي على المبعوث رحمة للعالمين وقدوة للأنام أجمعين نبينا محمد ﷺ أما بعد :

فإن علم الفقه من العلوم الشريفة الرفيعة ، وقد وفق الله طوائف من أهل العلم للغوص في بحوره ، واستخراج دره وياقوته ، وتسهيله لطاليه ، وإن من أجمل مباحث هذا العلم المبارك ، ما يتعلق بمعاقد المسائل ، ودقائق العلل ، وبواعث الأحكام ، وهو علم قل من الفقهاء من يتعرض له ويدخل مضماره ، وقد حاولت في هذا البحث اللطيف أن أكتب في مسألة لها تعلق بهذا النوع من العلم وإن كان على وجه ليس بالقريب ، إيماناً مني أن طالب العلم ينبغي له البحث فيما تمس الحاجة إليه ويقل الوجلون فيه لتظهر الملكات الفقهية وتصل المواهب الربانية لينتفع الباحث ومن ورائه المتخصصون والباحثون.

وقد تفكرت في الموضوعات المهمة فحضر لي كم ليس بالقليل ، وكان من أهمها ما يتعلق بمسائل القبض وقواعده وأصوله وتطبيقاته ، وكان من تلك المسائل المهمة مسألة التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها وهل تأخذ حكم ما كان وسيلة ملكه البيع ؟ وهل يجوز التصرف بها بكل أنواع التصرف أم لا ؟ والحاجة ماسة لمثل هذه الموضوعات لكثرة تطبيقاتها الواقعة بين الناس ، وقد اقتصر على ما ملك بغير البيع لأمر ثلاثة :

الأمر الأول : إن ما ملك بالبيع يكثر بحثه وتعرض الباحثين له بخلاف ما ملك بغيره.

الأمر الثاني : إن ما ملك بغير البيع من المسائل الدقيقة التي تثري الباحث وتطلعه على دقيق فهم الفقهاء وتطبيقاتهم للفروع على الأصول.

الأمر الثالث : إن طبيعة البحوث المحكمة قلة عدد الصفحات ولو تناولت التصرف بكل ما ملك لأدى ذلك إلى كتابة مئات الصفحات في هذا الموضوع.

الدراسات السابقة

لم أعر بعد البحث في فهارس مكتبة الملك فهد الوطنية على بحث خاص في هذا الموضوع بذاته ، وكذلك بعد البحث في فهارس بعض الجامعات والرجوع إلى المواقع البحثية على الإنترنت.

أما الدراسات ذات الصلة فقد اطلعت على رسالتي ماجستير ودكتوراه الأولى **منهما** رسالة ماجستير مقدمة للجامعة أم درمان بعنوان : **التقاضي في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة للباحث/علاء الدين بن عبدالرزاق الجنكو** وقد تكلم الباحث عن بعض المسائل لكن بطريقة وأسلوب وعرض غير ما تكلم به الباحث وبحثه لهذه المسائل جاء بطريقة مختصرة اختصاراً شديداً يصل لدرجة الإخلال أحياناً وجاءت دراسته لمسائل هذا البحث في أربع ورقات وربيع الورقة من ص ٢٥٠ إلى ص ٢٥٤.

أما الرسالة الثانية : فهي رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء بعنوان : **القبض وأحكامه في الفقه الإسلامي** للباحث د/ عبدالله بن محمد الربيعي وإشراف فضيلة أ.د/ عبدالله بن محمد الطيار، وقد تكلم الباحث عن القبض كقضية كبرى، وطريقة البحث وتقسيماته تخالف طريقة الرسالة فلم يتكلم د/ الربيعي عن التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه ولا عن مالا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه، ولم يتكلم عن هذا المصطلح ويبين المراد منه وهو أمر ضروري ينبنى عليه تصور هذه المسألة والوصول إلى الحكم فيها، وهذا الأمر قد أخذ حيزاً كبيراً من البحث فهو من ص ٨ إلى ص ٣٢.

لم يتكلم د/ الربيعي عن التصرف في الأعيان المملوكة بالميراث قبل قبضها.
أوجه المشابهة بين البحث والرسالة

تكلم د/ الربيعي عن التصرف في الأعيان المملوكة في عقد القرض، والهبه الوصية، والوقف، لكن بطريقة وأسلوب غير ما ذكر في البحث، والباحث لا يوافق على بعض استدلالاته، ولا في طريقة بحثه، وذكره للأقوال، لاختلاف منهج كل من الباحثين عن الآخر، وما من موضوعين في موضوع متقارب إلا وبينهما أوجه مشابهة، لكن المهم هل أضاف الباحث الثاني إضافة وجاء بشيء جديد؟ وهذا ما أظن أنني قد أتيت به في هذا البحث، وبإطلاعي على رسالة الباحث الربيعي فإن إمكانية الإضافة على ما كتب ممكنة، وواردة في مواضع كثيرة، وليس هذا تقليلاً من جهد الباحث، لكن لطبيعة البحث واختلاف وجهات النظر الكثيرة فيه، فقد بذل جهداً كبيراً، وفتح أبواباً كثيرة للباحثين فيه.

المنهج وطريقة البحث

سأسير في البحث إن شاء الله على المنهج التالي :

- ١ - أصور المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.
- ٢ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فاتبع ما يلي :
 - أ) أذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.
 - ب) الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج.
 - ج) توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.
 - د) استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات.
 - الترجيح، مع بيان سببه، وذكر ثمره الخلاف إن وجدت.

- ٣- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
- ٤- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
- ٥- ترقيم الآيات وبيان سورها.
- ٦- تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بتخريجها.
- ٧- تخريج الآثار من مصادر الأصلية، والحكم عليها إن كان ثمة حكم لأهل العلم فيها.
- ٨- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.
- ٩- تكون الخاتمة عبارة عن ملخص للبحث، تعطي فكرة واضحة عما تضمنه البحث، مع إبراز أهم النتائج.
- ١٠- اذكر اسم العلم و سنة وفاته.
- ١١- اتبعت البحث بفهرس للموضوعات.

خطة البحث

- وفيهما مقدمة وتمهيد ومبحثان:
- تمهيد في التعريف بمصطلحات البحث: وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: المراد بالتصرف، وفيه فرعان:**
- الفرع الأول:** تعريف التصرف لغة.
- الفرع الثاني:** تعريف التصرف اصطلاحاً.
- المطلب الثاني: المراد بالقبض، وفيه فرعان:**
- الفرع الأول:** تعريف القبض لغة.
- الفرع الثاني:** تعريف القبض اصطلاحاً.
- المبحث الأول: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في العقود: وفيه مطلبان:**
- المطلب الأول: التصرف في الأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل قبضها وفيه فرعان:**
- الفرع الأول:** التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه، وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: المراد بما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه.
- المسألة الثانية: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة.

المسألة الثالثة: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة ، وفيه

ثلاثة أمور:

الأمر الأول: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالعتق.

الأمر الثاني: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالرهن.

الأمر الثالث: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالتبرع به.

الفرع الثاني: التصرف في مالا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه ، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة.

المسألة الثانية: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة.

المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بعقود غير المعاوضات قبل قبضها ، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد القرض ، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملكية القرض.

المسألة الثانية: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد القرض.

الفرع الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الهبة ، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملكية الهبة.

المسألة الثانية: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الهبة.

الفرع الثالث: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الوصية ، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملكية الوصية.

المسألة الثانية: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الوصية.

المبحث الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير العقود قبل قبضها: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في استحقاق أموال الوقف ، وفيه فرعان:

الفرع الأول: ملك الوقف ولزومه.

الفرع الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في استحقاق أموال الوقف قبل القبض.

المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بالميراث قبل قبضها.

المطلب الأول: المراد بالتصرف

وفيه فرعان :

الفرع الأول: تعريف التصرف لغة

التصرف لغة مصدر تصرف يتصرف تصرفاً، وأصل هذه الكلمة يدل على رد الشيء عن وجهه يقال صرفه يصرفه صرفاً فانصرف^(١)، قال في معجم مقاييس اللغة: "الصاد والراء والفاء معظم بابه يدل على رَجْع الشيء، من ذلك صرفت القوم صرفاً وانصرفوا، إذا رجعتهم فرجعوا"^(٢).
ويطلق التصرف على الاحتيال، قال في القاموس: "والصيرفي المحتال في الأمور"^(٣)، يقال فلان يتصرف أي يحتال، ومنه على أحد التفاسير "فما تستطيعون صرفاً ولا نصراً"^(٤). وهو أي الاحتيال الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف^(٥).

يظهر من التعريف اللغوي لكلمة تصرف أنها تدل على تقليب الشيء، وجودة النظر، والقدرة على التصريف، سواء أكان مالاً، أم غيره، ومنه سمي الصيرفي صيرفياً؛ لأنه يقلب المال بحذق ومهارة وجودة نظر حتى تصبح الأمور في صالحه، وهذا المعنى الذي ينطبق على ما نحن بصدد إن المشتري يتصرف في المال غالباً بقصد الربح والتجارة وتنمية المال، إذاً فهو التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب^(٦).
الفرع الثاني: تعريف التصرف اصطلاحاً

من خلال النظر في كتب الفقه لم أجد من تعرض لتعريف التصرف من الفقهاء المتقدمين، وإن كانت هذه الكلمة كثيرة الاستعمال في كتب الفقه؛ ويبدو أن الفقهاء لم يحتاجوا إلى إيجاد تعريف اصطلاحى لهذه الكلمة وذلك لوضوحها ووضوح المقصود منها؛ والتصرف عند الفقهاء قولي وفعلني ولهذا يرى المتصفح لكتبهم كثرة إطلاقهم هذه اللفظة على القول والفعل قال أحمد بن علي الجصاص ت (٣٧٠ هـ) : "تصرف المريض جائز عندنا في جميع ماله بالهبة، والصدقة، والعتق، وسائر معاني التصرف ووجوهه"^(٧).

(١) لسان العرب (٩ / ١٨٩).

(٢) معجم المقاييس (٥٩) المصباح المنير (١٧٦).

(٣) القاموس المحيط (٣ / ٢١٩).

(٤) فتح القدير (٤ / ٩٨).

(٥) القاموس المحيط (٣ / ٢١٩).

(٦) القاموس المحيط (٣ / ٢١٩).

(٧) أحكام القرآن (١ / ٢٣٦).

وقد عرفه بعض المعاصرين بقوله: "إن التصرف يفهم من كلام الفقهاء أنه ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة" (٨).

وعرف أيضاً بأنه: "ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أولاً" (٩).

وعرف أيضاً بأنه: "ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب عليه المشرع أحكاماً مختلفة" (١٠).
وعرف أيضاً: "بأنه كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه المشرع نتائج حقوقية" (١١). وهذه التعاريف يظهر لي والله أعلم أنها تعريفات صحيحة تخدم المعنى المقصود في هذا البحث؛ لأن التصرف في البيع لا يمكن أن يكون تصرفاً صحيحاً حتى يكون تصرفاً صادراً ممن يملك أهلية التصرف في العقود المالية، وليس الغرض هنا هو التعرض لكل تصرف ينتج عن الإنسان حتى يتم إطلاقه عن قيد الإرادة والتمييز.

أقسام التصرف: ينقسم التصرف إلى قسمين:

القسم الأول: تصرف فعلي: وهو: "ما كان قوامه عملاً غير لساني"، كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدين، وما أشبه ذلك.

القسم الثاني: تصرف قولي: وهو: "ما كان قوامه عملاً لسانياً"، مثل الطلاق، والرجعة. والتصرف القولي يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: تصرف قولي عقدي: وهو: "الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان"، أي ما يكون فيه اتفاق إرادتين، مثل البيع، والشراء، والإجارة، والشركة ونحوها.

النوع الثاني: تصرف قولي غير عقدي وهو نوعان:

النوع الأول: نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه، على إنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه، وهذا مثل الوقف، والطلاق، والإبراء، ونحوها، وهذا النوع يسمى عقداً عند بعض الفقهاء لكنه عقد من جهة واحدة لوجود الإرادة المنشئة.

(٨) الموسوعة الفقهية (١٢ / ٧١).

(٩) المدخل بالتعريف بالفقه الإسلامي لشلبي (٤١٣).

(١٠) معجم المصطلح والألفاظ الفقهية لعبدالمعتم (١ / ٤٥٦).

(١١) المدخل الفقهي العام للزرقا (١ / ٣٧٩).

النوع الثاني: نوع لا يتضمن إرادة إنشاء حقوق أو إسقاطها، لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية، مثل الدعوى، والإقرار، والإنكار، ونحوها، وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه شبه عقدي^(١٢).

والمملوكات التي يتصرف فيها قبل قبضها في العقود على نوعين: نوع يخشى انفساخ العقد فيه بالتلف قبل القبض، ونوع لا يخشى انفساخ العقد فيه بالتلف قبل القبض، وهذه التصرفات هي محل البحث والنظر.

المطلب الثاني: المراد بالقبض

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المراد بالقبض لغة

القبض لغة: مصدر قبض يقبض قبضاً ويطلق القبض على معاني عدة منها:

- ١- القبض بمعنى الأخذ.
- ٢- القبض بمعنى التوفي.
- ٣- القبض خلاف البسط.
- ٤- القبض بمعنى تناول الشيء.
- ٥- القبض بمعنى التملك^(١٣).

قال في أساس البلاغة: "قبض المتاع وأقبضته إياه وقبضته، وتقابض المتبايعان، وقابضته مقابضة، واقتبضته لنفسه..."^(١٤).

الفرع الثاني: المراد بالقبض اصطلاحاً

ليس في كتب الفقهاء رحمهم الله تعريف خاد للقبض اصطلاح عليه أهل مذهب معين وإنما هم في الجملة يردونه إلى أعراف الناس ولهذا الأمر فإن الأفضل هو نقل بعض نصوص الفقهاء ليتبين من خلالها معنى القبض. قال أبو بكر بن مسعود الكاساني ت (٥٨٧ هـ): "وأما تفسير التسليم، والقبض، فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له..."^(١٥).

(١٢) المدخل الفقهي العام للزرقا (١ / ٣٧٩، ٣٨٠)، وانظر: أحكام تصرفات الوكيل للهاشمي (٤٥).

(١٣) معجم المقاييس (٨٧١)، لسان العرب (٧ / ٢١٣)، المصباح المنير (٢٥٢).

(١٤) الزمخشري (١ / ٣٦٤).

(١٥) بدائع الصنائع (٥ / ٢٤٤).

قال خليل بن إسحاق الجندي ت (٧٧٦ هـ) : " وقبض العقار بالتخلية ، وغيره بالعرف .. " (١٦) .
 قال يحيى بن شرف النووي ت (٦٧٦ هـ) : " قال أصحابنا الرجوع في القبض إلى العرف " (١٧) .
 قال شيخ الإسلام ابن تيمية ت (٧٢٨ هـ) : " الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة .. وتارة بالعرف كالقبض والتفرق " (١٨) ..) .

المبحث الأول: التصرف في الأعيان قبل قبضها في العقود

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: التصرف في الأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل قبضها

وفيه فرعان :

الفرع الأول: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : المراد بما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه : الأصل في الملك أن يكون مستقراً غير قابل للسقوط والانفساخ ، لكنه يقبل النقل إما عن طريق المعاوضة ببيع ، وإما نحوه ، وإما عن طريق غير البيع كالهبة ، والوصية ، ونحوهما ، وبناء على ذلك فإن الملك المستقر يؤمن فيه الانفساخ بزوال سببه وكذلك يؤمن فيه الفسخ بغير رضا المتعاقدين و الفرق بين الفسخ والانفساخ أن الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه ، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه .

أما الملك غير المستقر فهو الذي يمكن انفساخ العقد فيه بغير إرادة المتعاقدين كتلف الملك في عقد البيع قبل قبض المبيع وليس هذا محل اتفاق بين الفقهاء أعني العقود التي ينفسخ العقد فيها بالتلف قبل القبض ، فالحنفية (١٩) يرون أن العقد ينفسخ بتلف المبيع مطلقاً وكذا الشافعية (٢٠) ، وأما المالكية (٢١) ، والحنابلة (٢٢) فيقصرون الانفساخ

(١٦) مختصر خليل مع الشرح الكبير (٣ / ١٤٥) .

(١٧) المجموع (٩ / ٢٧٥) .

(١٨) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٤٤٨) .

(١٩) بدائع الصنائع (٥ / ٢٣٨) .

(٢٠) مغني المحتاج (٢ / ٤٥٦) .

(٢١) حاشية الدسوقي (٣ / ١٤٧) .

(٢٢) كشف القناع (٣ / ٢٤٣) .

فيما فيه حق توفيه ، لكن الفقهاء في الجملة على أن العقد لا يفسخ إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل المشتري^(٢٣). وهذا هو الذي حمل الجمهور على أن قالوا إن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هي خشية انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه فإذا كان العقد يخشى انفساخه بتلف المبيع قبل قبضه فلا يجوز التصرف فيه بالبيع^(٢٤).

من أمثلة الانفساخ : انفساخ عقد الإجارة إذا تلفت العين المستأجرة سواء أكان الانفساخ للعقد كله أم بعضه ، ومثل انفساخ عقد الشركة ، والمزارعة ، والمساقاة بموت أحد المتعاقدين ويترتب على الانفساخ إعادة العقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد^(٢٥).

وكذلك يعد الملك غير مستقر إذا كان يمكن فسخه بغير إرادة المالك ومثل له الفقهاء بمال الكتابة فإن ملك السيد غير مستقر فيه ، لأنه يمكن للمكاتب أن يعجز نفسه^(٢٦).

ومما يبين حقيقة الملك المستقر وغيره أن الملك المستقر تكون العين فيه مضمونة على مالكةا في عقود المعاوضات أو على ممتلكها في غير عقود المعاوضات ، لأن العين ينتقل ملكها من مالكةا الأول إلى الثاني ، وهذا الانتقال يكون عن طريق القبض على اختلاف صورته وضوابطه.

ومع هذا كله فإن تعليل الجمهور النهي عن بيع المبيع قبل قبضه بخشية انفساخ العقد بالتلف قبل القبض غير متفق عليه بل هو محل للنقد والاعتراض ، فهذه العلة منقوضة بثلاثة أمور :

الأمر الأول : جواز إجارة المنافع المستأجرة على قول جمهور أهل العلم في الجملة^(٢٧).

الأمر الثاني : جواز تصرف المشتري في الثمر على رؤوس الشجر مع كونه مضموناً على البائع ؛ وإذ تلف الثمر أعاد البائع للمشتري ما دفعه ؛ لأن السنة قد جاءت بوضع الجوائح^(٢٨).

الأمر الثالث : أن جمهور أهل العلم يرون جواز بيع الدين لمن هو عليه^(٢٩).

(٢٣) بدائع الصنائع (٥ / ٢٣٨) ، حاشية الدسوقي (٣ / ١٠٤) ، مغني المحتاج (٢ / ٤٥٨) ، كشف القناع (٣ / ٢٤٣).

(٢٤) بدائع الصنائع (٥ / ١٨٠) ، المذهب (١ / ٢٦٢) ، المغني (٤ / ٢٤٠).

(٢٥) المدخل للزرقا (١ / ٥٩٦).

(٢٦) حاشية الدسوقي (١ / ٤٥٦) ، الفروع (٢ / ٣٢٣).

(٢٧) الفتاوى الهندية (٤ / ٤٢٥) ، رد المحتار (٩ / ١٢٥) ، المذهب (١ / ٤٠٣) ، حلية العلماء (٥ / ٤٠١) ، روضة الطالبين (٤ / ٣٢٥) ، المعونة (٢ / ١٠٩٧) ، التفرع (٢ / ١٨٥) ، المغني (٨ / ٥٥) ، الإنصاف (٦ / ٣٥).

(٢٨) أخرجه مسلم في المساقات ، باب وضع الجوائح (٩ / ٢٨٢) رقم (٤٠٦٣) ، من حديث جابر رضي الله عنه ، وفيه عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ : " أمر بوضع الجوائح " .

(٢٩) بدائع الصنائع (٥ / ١٨٢) ، رد المحتار (٤ / ٣٧٦) ، القوانين الفقهية (٢٧٥) ، الشرح الكبير (٣ / ٦٣) ، حاشية الدسوقي (٣ / ٦٣) ، المذهب (١ / ٢٦٩) المجموع (٩ / ٢٧٤) ، نهاية المحتاج (٤ / ٨٨) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١ / ٣٥٧) ، كشف القناع (٣ / ٣٠٦) ، شرح منتهى الإرادات (٢ / ٩٧).

وبالنظر إلى هذه الأمور الثلاثة يتضح أن تعليل النهي عن بيع المبيع قبل قبضه ، وكذا ما قيس عليه من عقود المعاوضات ، نرى أن التعليل بخشية انفساخ العقد بتلفها قبل القبض غير مسلم ، مع أن لقائل أن يقول إن الأمر الثالث وهو جواز بيع الدين لمن هو عليه لا يصلح ناقضاً ؛ لأن الدين في ذمة من هو عليه مستقر لا يتطرق إليه احتمال الانفساخ.

قال عبدالرحمن بن رجب ت (٧٩٥ هـ) : " وكذلك التعليل بخشية انتقاض الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رؤوس الشجر ، وبإجارة المنافع المستأجرة... ، وبيع الدين ممن هو عليه ، لأن البائع وفى ما عليه بالتخلى والتميز فلم يبق له علقه في العقد " (٣٠).

ومن المهم القول إن بعض الفقهاء يرى أن الملك التام هو الملك المستقر فإن كان غير مستقر فهو ملك ناقص كما هو مذهب الشافعية في القول الأظهر (٣١) ، والحنابلة (٣٢) ، وبناء على هذا القول فإن الملك يعد تاماً ولو لم يتمكن الإنسان من التصرف في المملوك.

الخلاصة أن جمهور أهل العلم يرون أن الملك غير المستقر هو الملك الذي يمكن انفساخ العقد فيه من غير إرادة المتعاقدين ، أو يمكن فسخه بغير إرادة المالك ، ويرى جمهور أهل العلم في الجملة أن الذي يمنع التصرف فيه هو ما كان فيه احتمال انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل القبض ، وأما إن كان احتمال انفساخ العقد بسبب غير التلف سواء أكان من جهة أحد المتعاقدين ، أم غيرهما فإنه لا يمنع التصرف في العين سواء كان بالمعاوضة ، أو غيرها ، وهذا ليس على سبيل الإجماع لكن على سبيل العموم قال محمد بن القيم ت (٧٥١ هـ) رحمه الله في معرض ذكر أدلة من عمم النهي عن بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً ومن خصص النهي في شيء دون شيء قال : " قال المخصصون قد جوزتم بيع الملك قبل قبضه في صور إحداها : بيع الميراث قبل قبض الوارث له... قال المعممون : الفرق بين هذه الصور وبين التصرف في المبيع قبل قبضه.. على أن المعاوضات فيها غير مجمع عليها ، بل يختلف فيها... (٣٣) (٣٤) .

(٣٠) قواعد ابن رجب (٧٩) ، وانظر تهذيب السنن (٩ / ٢٨٢) .

(٣١) روضة الطالبين (١ / ٤٩) .

(٣٢) كشاف القناع (٢ / ١٧٠) .

(٣٣) تهذيب السنن (٩ / ٢٨٠) .

(٣٤) نظر في ما تقدم : الاستقرار في الفقه الإسلامي (١١٦ - ١٧٢) .

المسألة الثانية: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة: عرفنا في المسألة السابقة المراد بما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه وفي هذه المسألة أبين حكم المعاوضة عنه قبل قبضه، هذه المسألة اختلف العلماء رحمهم الله فيها ويمكن رد أقوالهم إلى قولين:

القول الأول: أن كل ما ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه وإليه ذهب الظاهرية^(٣٥) إلا إذا كان قمحاً، و المالكية إن كان غير طعام^(٣٦)، والحنابلة إن كان المبيع لا يحتاج إلى حق توفيه^(٣٧)، واختار شيخ الإسلام جواز البيع مطلقاً^(٣٨).

أدلتهم:

الدليل الأول: قياس جواز المعاوضة عن ما ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه على جواز عتق العبد قبل قبضه، بل قد حكى بعض العلماء الاتفاق على الجواز، بجامع أن كلا منهما تصرف يزيل الملك^(٣٩).

نوقش: أن قياس المعاوضة على العتق قياس مع الفارق، لأن للعتق من السراية والنفوذ ما ليس لغيره^(٤٠).

الدليل الثاني: قياس جواز المعاوضة عما ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه على جواز إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع^(٤١).

نوقش: بأن هذا القياس لا يصلح لأمرين:

الأمر الأول: أن إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنفعة ليس محل اتفاق بين الفقهاء.

الأمر الثاني: أنه على فرض صحة التسليم بجواز إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنفعة، فإن قبض العين المستأجرة يقوم مقام قبض المنفعة^(٤٢).

الدليل الثالث: أن من علل النهي عن بيع المبيع قبل قبضه ألا يربح المشتري فيما لم يدخل في ضمانه وقد اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على التعليل بهذه العلة^(٤٣)، وبناء عليه تجوز المعاوضة عن ما ملك بعقد

(٣٥) المحلى (٧ / ٤٧٣).

(٣٦) حاشية الدسوقي (٣ / ١٥٢).

(٣٧) الإنصاف (٤ / ٤٦٨).

(٣٨) الإنصاف (٤ / ٤٦٨).

(٣٩) تهذيب السنن (٩ / ٢٧٨).

(٤٠) تهذيب السنن (٩ / ٢٨٠).

(٤١) المغني (٤ / ٢٣٩).

(٤٢) المغني (٨ / ٤٥).

(٤٣) تبيين الحقائق (٤ / ٧٩)، المنتقى (٥ / ٣١)، الأم (٨ / ١٧٩)، المغني (٤ / ٣٧٠).

ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه ، لأن الملك مفروض عندنا في سوى الملك بالبيع فلم يحصل ربح في المعاوضة عنه قبل قبضه ، فليس بمنصوص ولا داخل تحت المنصوص ^(٤٤) .

الدليل الرابع : أن الراجح والله أعلم في علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هي عدم استيلاء المشتري على المبيع استيلاء تاماً ، لأن علق البائع لم تنقطع عنه ، فالبيع عرضة للانسحاض ، لأن البائع ربما سعى في رد المبيع والتحايل في فسحه أو جحده إذا رأى المشتري قد ربح فيه ^(٤٥) ؛ وهذه العلة منتفية في مسألتنا هذه ، لأن وسيلة ملكها وسببه غير البيع ، فتصح المعاوضة عنها قبل قبضها ، قال ابن القيم رحمه الله : ” فالأخذ الصحيح في المسألة أن النهي معلل بعدم الاستيلاء ، وعدم انقطاع علاقة البائع عنه ، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع عن الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه ، ويغره الربح وتضييق عينه منه ، وربما أفضى إلى التحايل على الفسخ ولو ظلماً ، وإلى الخصام والمعاداة ، والواقع شاهد بهذا ، فمن محاسن الشريعة الكاملة الحكمة : منع المشتري من التصرف فيه حتى يتم استيلاؤه عليه وينقطع عن البائع ، وينفطم فلا يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض وهذا من المصالح التي لا يهملها الشارع ، حتى إن من لا خبرة له من التجار بالشرع يتحرى ذلك ويقصده ، لما في ظنه من المصلحة ، وسد باب المفسدة ^(٤٦) ” .

واستدل من قال بالجواز إلا في الطعام وما يحتاج إلى حق توفية بأدلة منها :

الدليل الأول : عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال ﷺ : ” من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه ” ^(٤٧) .

الدليل الثاني : عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : ” إذا بعث طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه ” ^(٤٨) .

وجه الاستدلال : أن الحديثين السابقين جاء النهي فيهما عن بيع الطعام قبل قبضه ، والطعام الأصل فيه

الكيل والوزن ؛ بناء عليه فإن كل مكيل وموزون لا يجوز بيعه قبل قبضه ^(٤٩) ، وقد ألحق الخنابلة به المعداد ، والمذروع ، والمبايع برؤية ، أو صفة متقدمة ؛ لأنها تحتاج لحق توفية ^(٥٠) فهي مثل الطعام ، بناء عليه فكل ما ملك بغير البيع مما ينفسخ فيه العقد بتلفه قبل قبضه يجوز التصرف فيه بالمعاوضة إلا ما سبق فيقاس على ما ملك بالبيع .

(٤٤) الإنصاف (٤٦٨/٤) . تفسير آيات أشكلت (٦٥٢/٢) .

(٤٥) مجموع الفتاوي (٤٠٢/٢٩) ، تهذيب السنن (٢٨٢/٩) .

(٤٦) تهذيب السنن (٢٨٢/٩) .

(٤٧) أخرجه البخاري في صحيحه في البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض رقم (٢١٣٣) ، (٢٣/٣) ، ومسلم في صحيحه في

لبيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم (٢١٢٦) ، (٧/٥) .

(٤٨) أخرجه مسلم في صحيحه في البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم (٣٩٢٧) ، (٩/٥) .

(٤٩) التمهيد (٣٣٠/١٣) .

(٥٠) كشف القناع (٢٤٢/٢) .

نوقش: بأن استثناء الطعام وما يحتاج إلى حق توفية لا بد فيه من دليل خاص؛ لأن قياس ما ملك بغير البيع على ما ملك بالبيع قياس مع الفارق، وذلك لتخلف علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه فيما ملك بغير البيع^(٥١).

الدليل الخامس: عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال كنت على بكر صعب لعمر فقال النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه "بعنيه" فقال هو لك يا رسول الله فقال النبي ﷺ: "هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ما شئت"^(٥٢).

الدليل السادس: عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيراً لم يسر مثله قال: "بعنيه بأوقية" قلت: لا ثم قال: "بعنيه" فبعته بأوقية واستثنيته عليه حملانه إلى أهلي فلما بلغت المدينة أتيت به بالجمل فنقدني ثمنه ثم رجعت فأرسل في أثري فقال: "أتراني ما كنتك لآخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك فهو لك"^(٥٣).

وجه الاستدلال: من الحديثين السابقين: أن النبي ﷺ تصرف في المبيع قبل قبضه بهبته لابن عمر في الحديث الأول ولجابر في الثاني فيقاس عليه جواز التصرف في المبيع إذا كان مملوكاً بغير البيع بجامع التصرف في كل، وهذا دليل على جواز التصرف في المبيع قبل قبضه إن لم يحتاج لحق توفية^(٥٤).

نوقش: بعدم صحة القياس؛ لأنه قياس على مسألة مختلف فيها وهي التصرف في المبيع قبل قبضه إن لم يحتاج إلى حق توفية، ثم الاستدلال بالحديث لا يستقيم؛ لأنه استدلال في غير محل النزاع؛ لأن النزاع في التصرف بالمعاوضة وهذا تصرف بالهبة، ثم التفريق بين ما يحتاج إلى حق توفية وغيره يحتاج إلى دليل^(٥٥).

القول الثاني: إن كل ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه لا تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه وإليه ذهب الحنفية^(٥٦)، والمالكية إن كان طعاماً^(٥٧)، والشافعية مطلقاً^(٥٨)، والحنابلة إن احتاج إلى حق توفية^(٥٩)، والظاهرية إن كان قمحاً^(٦٠).

(٥١) الإنصاف (٤/٤٦٨).

(٥٢) أخرجه البخاري في صحيحه في الهبة، باب إذا وهب الرجل جملته وهو راكبه فهو جائز رقم (٢١١٥)، (٣/١٤٠).

(٥٣) أخرجه البخاري في صحيحه في البيوع، باب شراء الدواب والحمير رقم (٢٧١٨)، (٣/١٥) ومسلم في صحيحه في المساقات باب بيع البعير واستثناء ركوبه رقم (٤١٨٢)، (٥/٥١).

(٥٤) المغني (٤/٢٣٩).

(٥٥) تهذيب السنن (٩/٢٨١).

(٥٦) فتح القدير (٦/٤٧٣)، رد المحتار (٧/٣٧٠)، شرح الكنز للعيني (٢/٣٠).

(٥٧) حاشية الدسوقي (٣/١٥١ - ١٥٢)، بلغة السالك (٣/١٢٦).

(٥٨) المجموع (٩/٢٦٦)، روضة الطالبين (٣/١٧٠)، نهاية المحتاج (٤/٨٧).

(٥٩) الكافي (٣/٤٥)، كشف القناع (٢/٢٤٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/٦٠).

(٦٠) المحلى (٧/٤٧٣).

أدلتهم:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه" (٦١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام المشتري حتى يستوفى، ويقاس عليه ما ملك بعقد معاوضة بجامع انفساخ العقد في كل بالتلف قبل القبض.

الدليل الثاني: أنه لا يجوز بيع ما ملك بعقد معاوضة قبل قبضة؛ لأنه غير مضمون على من هو له، بل هو من ضمان المعاوض بدليل أنه لو تلف قبل قبضه فإن العقد يفسخ فيه (٦٢) ويبقى مقابله في ذمة الدافع له. **نوقش:**

أولاً: بالتسليم أنه إذا تلف قبل القبض فإنه غير مضمون على من هو له.

ثانياً: بالمنع أن تكون هذه العلة مؤثرة هنا؛ لأن حق من هو لا يضيع، ثم إن قضية الضمان تكون ذات أثر إذا كانت المعاوضة من أجل الربح وهي هنا ليست من أجله، فلم تكن مؤثرة.

الدليل الثالث: أن بيع ما ملك بعقد معاوضة قبل قبضه من جنس بيع الغرر؛ لأن الملك لم يتم على المملوك، بل هو قبل قبضه عرضة للآفات شرعاً وكوناً (٦٣).

نوقش: أن الغرر هنا غير مؤثر؛ لأن حق المعاوض لا يمكن أن يضيع فإذا تلفت العين فله بدلها، ثم إن هذه العلة منقوضة بالثمر على رؤوس الشجر فهو مضمون على بائعه ومع ذلك يجوز له التصرف فيه بالمعاوضة عنه، وإذا تلف الثمر فإن من السنة أن يعيد البائع الثمن للمشتري، فغاية الأمر أن ينقض البيع ويدفع البائع للمشتري ما دفعه (٦٤).

الدليل الرابع: أن ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه لا تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه، وذلك لتوالي الضمان فيه حيث إن المملوك بعقد معاوضة قبل قبضه من ضمان مالكة الأول حتى يقبضه من انتقل إليه بعقد المعاوضة فإذا باعه صار مضموناً لمن اشتراه على البائع له (٦٥)، قال النووي: "المضمون بعوض في عقد

(٦١) أخرجه البخاري في صحيحه في البيع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك رقم (٢١٣٢) (٢٣/٣)، ومسلم في

البيع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم (٣٩١٣) (٧/٥).

(٦٢) الحاوي (٢٦٧/٦)، مغني المحتاج (٤٦١/٢).

(٦٣) مجموع الفتاوي (٤٠٢/٢٩ - ٤٠٣).

(٦٤) قواعد ابن رجب (٧٩).

(٦٥) المجموع (٢٦٦/٩)، تهذيب السنن (٢٨١/٩).

معاوضة لا يصح بيعه قبل قبضه، وذلك كالمبيع، والأجرة، والعوض المصالح عليه من المال.. وعللوه بعلتين.. والثاني: توالى الضمانين ومعناه أن يكون مضموناً في حالة واحدة لاثنتين وهذا مستحيل^(٦٦).

نوقش: هذا التعليل من وجهين:

الوجه الأول: بالمنع أن يكون كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع، بل قد نص فقهاء المالكية^(٦٧)، والحنابلة^(٦٨) على أن ما لا يحتاج إلى حق توفية من ضمان المشتري بمجرد العقد، وعمم الظاهرية فقالوا إن المبيع من ضمان المشتري مطلقاً احتاج إلى حق توفية أم لم يحتج^(٦٩).

الوجه الثاني: أنه على فرض التسليم بصحة ما ذكرتم وأنه قد توالى ضمانات هنا، فإنه لا محذور شرعاً من تواليتها حتى يمنع من بيع ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه فلو قدر أن المبيع اشتراه جماعة من واحد وتبين أن المبيع مستحق فإنه يرجع كل واحد منهم على من اشتراه منه^(٧٠).

قال ابن القيم: "وقد ذكر للمنع من بيع ما لم يقبض علتان: ... الثانية: أن صحته تفضي إلى توالى الضمانين.. وأما التعليل الثاني: فكذلك أيضاً، ولا تظهر فيه مناسبة تقتضي الحكم، فإن كون الشيء مضموناً على الشخص بجهة، ومضموناً له بجهة أخرى غير ممتنع شرعاً ولا عقلاً، ويكفي في رده أنه لا دليل على امتناعه، كيف وأنتم تجوزون للمستأجر إجارة ما أستأجر والمنفعة مضمونه له على المؤجر وهي مضمونة عليه للمستأجر الثاني، وكذلك الثمار بعد بدو صلاحها إذا بيعت على أصولها، وهي مضمونة على البائع إذا احتاجت إلى سقي اتفاقاً، وإن تلفت بجائحة فهي مضمونة له وعليه^(٧١)."

الدليل الخامس: أن ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه لا تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه وذلك لضعف الملك فيه لتعرضه للانفساخ بتلفه قبل القبض^(٧٢)، قال النووي: "النوع الثاني: المضمون بعوض في عقد معاوضة لا يصح بيعه قبل قبضه.. وعللوه بعلتين: إحداهما ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه..^(٧٣)". قال

(٦٦) المجموع (٢٦٦/٩).

(٦٧) حاشية الدسوقي (١٤٦/٣).

(٦٨) المغني (٢٣٥/٤ - ٢٣٦).

(٦٩) المحلى (٣٧٩/٨).

(٧٠) تهذيب السنن (٢٨١/٩).

(٧١) تهذيب السنن (٢٨١/٩).

(٧٢) المجموع (٢٦٦/٩)، تهذيب السنن (٢٨١/٩).

(٧٣) المجموع (٢٦٦/٩).

محمد بن قدامة ت (٦٢٠ هـ): "لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناءً آخرًا عليه، تحرزاً من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه" (٧٤).

نوقش:

أولاً: بعدم التسليم بأن ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه لا تجوز المعاوضة عنه وذلك؛ لأن الثمر على رؤوس النخل تجوز المعاوضة عنه وهو غير مقبوض للمشتري إذ إنه من ضمان البائع.

رد: بعدم التسليم أن الثمر على رؤوس الشجر غير مقبوض بل قبض الثمر على رؤوس الشجر حاصل بالتخلية بين المشتري وبينه وإنما ضمن في حال التلف من باب التخفيف على المشتري.

ثانياً: أن المعروف المطرد في علل الشريعة أن تكون ظاهرة بينة مطردة كثيرة، فلا يعلل بالأمر النادر القليل الوقوع؛ وإنما يعلل بالشيء الكثير، ولو نظرنا إلى هذه العلة لوجدناها قليلة الوقوع نادرة؛ فمتى يهلك المبيع في عمليات الشراء والبيع التي تملأ الأسواق.

ثالثاً: أن هذا الدليل مبني على أن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هي ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه قبل قبضه، وهذا غير مسلم، بل الراجح في علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، هي عدم استيلاء المشتري على المبيع استيلاء تاماً؛ لأن علق البائع لم تنقطع عنه، وهذه العلة منتفية هنا؛ لأن وسيلة الملك هنا ليست البيع بل غيرها، وقد تقدم النقل عن ابن القيم رحمه الله (٧٥).

الراجح:

والله أعلم بعد عرض الخلاف في هذه المسألة وذكر أقوال العلماء فيها، هو القول الأول؛ وأنه تجوز المعاوضة عن كل ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه، وذلك لما تقدم من أدلة تدل على جوازه، كما أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة حتى يقوم دليل يدل على المنع من المعاوضة وليس ثم دليل قائم خال عن المعارضة، خاصة وأن العلة في النهي عن بيع المبيع قبل قبضه لا يظهر وجودها في هذه المسألة، ومن المعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

المسألة الثالثة: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة: وفيه ثلاثة أمور:

الأمر الأول: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالعتق: إذا ملك الإنسان عبداً بعقد يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه ثم أعتق العبد فهل يصح تصرفه أم لا؟. اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

(٧٤) المغني (٤/٢٤٠).

(٧٥) انظر: ص (١٨٥).

القول الأول: ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز عتق العبد في كل عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل القبض ذهب إلى ذلك الحنفية^(٧٦)، والشافعية^(٧٧) في الأصح، والحنابلة^(٧٨)، بل قد نقل بعض أهل العلم الإجماع على جواز العتق^(٧٩).
أدلتهم:

الدليل الأول: قياس عتق العبد على جواز المعاوضة عن ما ملك بعقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه بجامع النقل في كل منهما^(٨٠).

يمكن أن يناقش بعدم صحة القياس؛ لأن الأصل المقيس عليه مختلف فيه.

الدليل الثاني: أن الشارع جعل للعتق من السراية والنفوذ ما لم يجعله لغيره فيصح عتق العبد قبل قبضه حتى لو قيل بعدم صحة المعاوضة عنه^(٨١).

الدليل الثالث: أن من أهل العلم من أجاز عتق العبد قبل القبض بالإجماع، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "ولو أعتق العبد المبيع قبل القبض فقد صح إجماعاً"^(٨٢).

الدليل الرابع: أنه يجوز عتق العبد قبل قبضه؛ لأن المانع من صحة التصرفات عدم القبض وهو بهذا التصرف يصير قابضاً^(٨٣).

الدليل الخامس: أنه يجوز عتق العبد قبل قبضه؛ لأن جوازه يعتمد على ملك رقبة العبد فقط وقد وجد، بخلاف البيع فإن صحته تحتاج إلى أمرين: ملك الرقبة واليد جميعاً^(٨٤).

الدليل السادس: أن العلة على رأي الجمهور في المنع من بيع المبيع قبل قبضه هي غرر انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل قبضه، وهذه العلة غير موجودة هنا؛ لعدم الانفساخ بتلف المعقود عليه^(٨٥).

(٧٦) بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

(٧٧) المجموع (٢٦٤/٩)، مغني المحتاج (٤٦٢/٢).

(٧٨) الإنصاف (٤٦٣/٤)، كشف القناع (٢٤١/٣)، شرح منتهى الإرادات (٥٨/٢).

(٧٩) مجموع الفتاوي (٤٠١/٢٩).

(٨٠) مجموع الفتاوي (٤٠١/٢٩).

(٨١) مغني المحتاج (٤٦٢/٢).

(٨٢) مجموع الفتاوي (٤٠١/٢٩).

(٨٣) بدائع الصنائع (١٨٠/٥)، المجموع (٢٦٤/٩).

(٨٤) بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

(٨٥) بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

القول الثاني: أنه لا يجوز التصرف بعرق العبد في كل عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه وإليه ذهب الشافعية في وجهه ^(٨٦) وفي وجه آخر إن كان للبائع حق الحبس لم يصح وإن لم يكن له حق الحبس صح ^(٨٧).

أدلتهم:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه" ^(٨٨).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، ويقاس عليه العتق بجامع التصرف في كل ^(٨٩)، وبجامع التصرف الذي يزيل الملك أيضاً.

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هناك فرقاً بين البيع والعتق، فالبيع يقصد به الربح في الأصل وهو الذي تتفق عليه علل المعلنين بالمنع من التصرف قبل القبض، وأما العتق فالمقصود به طلب الثواب وتحقيق مقصد من مقاصد الشارع وهو إعتاق النفوس.

الوجه الثاني: أن هناك فرقاً آخر وهو أن الحديث يدل على أن سبب ملك ما نهى عنه النبي ﷺ هو البيع ومسألتنا مفروضة فيما ملك بغير عقد البيع.

الدليل الثاني: أن التصرف في العبد المملوك بعقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه غرر، لأن المملوك قبل قبضه عرضة للآفات شرعاً وقدرًا ^(٩٠).

يناقش:

أولاً: بأن الغرر هنا غير مؤثر؛ لأن العبد سيعتق ويزول الملك عنه بالكلية فلا أثر للغرر بخلاف البيع لو سلمنا ذلك.

ثانياً: أن من علل النهي بالغرر علة غير مسلمة هنا؛ لأن المنع من أجل غرر الانفساخ والتصرف بالعتق لا يحتمل الانفساخ ^(٩١).

(٨٦) المجموع (٢٦٤/٩).

(٨٧) المجموع (٢٦٤/٩).

(٨٨) تقدم تخريجه صفحه (١٨٧).

(٨٩) فتح العزيز (٢٦٤/٦).

(٩٠) فتح العزيز (٢٦٤/٦)، مجموع الفتاوى (٤٠٢/٢٩).

(٩١) بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

الراجع:

والله تعالى أعلم هو القول الأول وأنه يجوز التصرف فيما ملك بعقد يفسخ بتلف المعقود عليه قبل قبضه ومن أقوى ما استند عليه أصحاب القول الأول حكاية الإجماع التي نقلها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، ثم إن للشارع تشوفاً إلى عتق الرقاب فإذا لم يُعارض هذا المقصد العظيم بدليل قوي ظاهر فإنه يعمل بمقتضاه.

الأمر الثاني: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالرهن: إذا ملك الإنسان عيناً وقبل قبضها جعلها رهناً لدين في ذمته لشخص آخر فهل تصرفه هذا صحيح أم لا؟. اختلف العلماء رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنه يجوز التصرف برهن العين المملوكة قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية^(٩٢)، والمالكية إن لم يكن طعام معاوضة^(٩٣)، والشافعية في القول خلاف الأصح^(٩٤)، والحنابلة في أحد الوجهين وقيد بعض الحنابلة الجواز بما إذا قبض الثمن، ويرى آخرون جواز الرهن على غير ثمنه^(٩٥)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٩٦) رحمه الله. أدلتهم:

الدليل الأول: إن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه التي يقاس عليها سائر التصرفات، هي غرر انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل قبضه، وهذه العلة منتفية هنا؛ لأن العقد لا يفسخ بتلف المعقود عليه.

الدليل الثاني: قالوا إن صحة هذا العقد وغيره بالقبض فإذا رهن العين قبل قبضها فقد أمر المرتهن بالقبض نيابة عنه، وإذا أنابه منابه صار بمنزلة الوكيل له، فيعتبر قبضه أولاً بطريق النيابة، ثم ثانياً لنفسه بطريق الأصالة، وهو بخلاف ما ملك بالبيع فإنه يملك بالعقد قبل القبض^(٩٧).

الدليل الثالث: إن رهن العين المملوكة بغير البيع قبل قبضها جائز؛ لأن العلة في المنع من بيع المبيع قبل قبضه هي توالي الضمانين، وهي منتفية في هذه الصورة؛ لأن العين مضمونة على مالكها، ويد المرتهن يد أمانة فلا توالي للضمان^(٩٨).

(٩٢) بدائع الصنائع (١٨٠/٥)، فتح القدير (٤٧٢/٦).

(٩٣) حاشية الدسوقي (١٥٢/٣)، بلغة السالك (١٢٦/٣).

(٩٤) المجموع (٢٦٥/٩)، مغني المحتاج (٤٦٢/٢).

(٩٥) الإنصاف (٤٦٣/٤).

(٩٦) الإنصاف (٤٦٣/٤).

(٩٧) بدائع الصنائع (١٨٠/٥)، فتح القدير (٤٧٣/٦)، تبين الحقائق (٨١/٤)، رد المحتار (٣٧/٦).

(٩٨) مغني المحتاج (٤٦٢/٢) نهاية المحتاج (٨٦/٤).

الدليل الرابع: أن قياس الرهن وغيره مما ملك بغير البيع على ما ملك بالبيع قياس مع الفارق، لأن ما ملك بالبيع منصوص عليه وهذه العقود غير منصوص عليها ولا داخلة تحت المنصوص فكيف تقاس على غيرها.

الدليل الخامس: أنه يجوز رهن العين المملوكة بغير البيع قبل قبضها، لأنه يجوز رهنها على عوضها فجاز على غيره^(٩٩).

القول الثاني: أنه لا يجوز التصرف برهن العين قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بتلف العقود عليه قبل قبضه وإليه ذهب الحنفية^(١٠٠)، والمالكية إن كان طعام معاوضة^(١٠١)، والشافعية في القول الأصح^(١٠٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٠٣).

أدلتهم:

الدليل الأول: قياس عقد الرهن على البيع بجامع تملك المال في كل^(١٠٤)، فإن العين المرهونة تؤول إلى أن تكون مملوكة للمرتهن، أو مملوكاً له ثمنها.

يناقش:

أولاً: بال منع أن يكون عقد الرهن يقتضي التملك في الحال، بل عقد الرهن وثيقة يقصد به التوثق والاطمئنان، فإن لم يحصل الوفاء بيعت العين المرهونة واستوفي من ثمنها.

ثانياً: إن هناك فرقاً بين البيع، والرهن فلا يمكن قياس أحدهما على الآخر، فإن الرهن إن قيل أنه يقتضي التملك في الحال فإنه تملك بدون عوض بخلاف البيع فإنه تملك بعوض.

الدليل الثاني: إن جواز التصرف في الأعيان منبني على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعاً حتى يحصل الأمن من غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، وهذا الشرط منتفٍ هنا فلم يجز التصرف^(١٠٥).

(٩٩) الحاوي (٢٦٩/٦).

(١٠٠) بدائع الصنائع (١٨٠/٥)، تبين الحقائق (٨١/٤)، رد المحتار (٣٧/٦).

(١٠١) حاشية الدسوقي (١٥٢/٣)، بلغة السالك (١٢٦/٣).

(١٠٢) المجموع (٢٦٥/٩)، مغني المحتاج (٤٦٢/٢)، روضة الطالبين (١٦٧/٣) وقيل هما وجهان ليسا قولين.

(١٠٣) الإنصاف (٤٦٣/٤)، كشف القناع (٢٤٥/٣، ٢٤١)، شرح منتهى الإرادات (٦٠/٢).

(١٠٤) نهاية المحتاج (٨٦/٤).

(١٠٥) بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

ويمكن أن يناقش :

أولاً: إن هناك فرقاً بين البيع والرهن ، وبين العقود بعضها مع بعض ، فعقد الرهن لا يقصد به الربح حتى تمنع منه لغرر الانفساخ ، بل المقصود به الاستيثاق والتوثق وهذا حاصل حتى مع الغرر ؛ لأن المرتهن قد أقدم على هذا العقد مع علمه ، ولا ضرر عليه لو فقد وسيلة الاستيثاق.

ثانياً: إن تعليل النهي عن التصرف في المبيع قبل قبضه بغرر الانفساخ غير مسلم بل علة النهي علة أخرى غير ذلك ، وهي كما تقدم عدم استيلاء المشتري على المبيع استيلاء تاماً^(١٠٦).

الدليل الثالث: إن التصرف في العين المملوكة قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه ؛ التصرف فيه بالرهن لا يصح وذلك لضعف الملك فيه^(١٠٧).

ويمكن أن يناقش : بالوجه الثاني مما نوقش به الدليل الثاني.

الدليل الرابع: إن رهن العين المملوكة قبل قبضها لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز بيعها وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه^(١٠٨).

يناقش:

أولاً: بالمنع من عدم صحة المعاوضة ، فقد تقدم أنه تصح المعاوضة عن كل عين مملوكة بغير البيع قبل قبضها.

ثانياً: التسليم بصحة القول أن كل ما صح بيعه صح رهنه وما لا فلا ، لكن هناك فرق بين البيع والرهن على القول بعدم صحة البيع ؛ لأن الرهن على تقدير انفساخ العقد بتلف العين المرهونة لا يفوت معه حق المرتهن بل حقه ثابت في ذمة الراهن.

الراجح:

والله أعلم هو القول الأول وأنه يصح رهن العين المملوكة بغير البيع قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه ؛ وذلك لسلامة أدلة أصحاب القول الأول وخلوها من المناقشة ، وضعف أدلة أصحاب القول الثاني ؛ ولأن القول الأول معضود بالأصل في المعاملات وهو الحل والإباحة ؛ ولأن النهي إنما جاء في البيع وإلحاق الرهن به يحتاج إلى دليل يدل على هذا إلحاق.

(١٠٦) انظر: ص (١٨٥).

(١٠٧) مغني المحتاج (٤٦١/٢).

(١٠٨) الحاوي (٢٦٩/٦).

الأمر الثالث: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالتبرع به : إذا ملك الإنسان عيناً وتبرع بها بوقفها، أو هبتها، أو الصدقة بها قبل قبضها وكان قد ملكها بعقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه فهل يصح تصرفه أم لا ؟. اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين هما :

القول الأول : أنه يجوز التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها في عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه، وإليه ذهب محمد بن الحسن ت (١٨٩ هـ) من الحنفية^(١١٩)، والمالكية^(١٢٠)، الشافعية في وجه خلاف الأصح^(١٢١)، والحنابلة في وجه^(١٢٢) اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية^(١٢٣). أدلتهم:

الدليل الأول: قياس التبرع بالعين المملوكة قبل قبضها على التبرع بما ملك بالبيع قبل قبضه كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما : قال كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده فقال رسول الله ﷺ لعمر: ”بعنيه“، قال: ”هولك يا رسول الله“، قال: ”بعنيه“ فباعه رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: ”هولك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ما شئت“^(١٢٤).

نوقش: بالمنع من عدم قبض النبي ﷺ بل إن النبي ﷺ قد قبضه ؛ لأن قبض البعير بالتخلية بين البعير وبينه مع التعيين والتمييز وهذا يحصل به القبض^(١٢٥).

الدليل الثاني: قياس التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها على جواز بيعها وقد تقدمت أدلة جواز بيعها^(١٢٦).

الدليل الثالث: قياس التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها على العتق بجامع عدم العوض في كل^(١٢٧).

(١٠٩) بدائع الصنائع (١٨٠/٥)، فتح القدير (٤٧٣/٦).

(١١٠) الكافي (٣٢٠)، المنتقى (٢٨٢/٤)، بلغة السالك (١٢٨/٣).

(١١١) المجموع (٢٦٥/٩)، روضة الطالبين (١٦٧/٣).

(١١٢) الإنصاف (٤٦٣/٤).

(١١٣) الإنصاف (٤٦٣/٤).

(١١٤) تقدم تخريجه ص (١٨٦).

(١١٥) تهذيب السنن (٢٨١/٩).

(١١٦) انظر: ص (١٨٤-١٨٦).

(١١٧) تهذيب السنن (٢٨١/٩).

الدليل الرابع: أنه يجوز التبرع بالطعام قبل قبضه ؛ لأنه ليس من عقود المعاوضة فلا يتصور فيه معنى العينة التي منع من أجلها بيع الطعام قبل قبضه ^(١١٨).

يمكن أن يناقش: بأن هذا جارٍ على أن العلة من منع بيع المبيع قبل قبضه هي حصول معنى العينة وهذا غير مسلم، لما تقدم من بيان العلة الراجعة في النهي عن بيع ما لم يقبض ^(١١٩).

الدليل الخامس: إن صحة عقود التبرعات متوقف على قبضها فإذا أمر المتبرع له بالقبض فقد أنابه مناب نفسه فصار بمنزلة الوكيل فيقبض بأمره له أولاً ويقبض لنفسه ثانياً ^(١٢٠).

الدليل السادس: إن من علل النهي عن بيع المبيع قبل قبضه ألا يربح البائع فيما لم يدخل في ضمانه وهذا منتفٍ في عقود التبرعات ، لأنه ليس المقصود منها الربح بل المقصود نفع المتبرع له ^(١٢١).

الدليل السابع: إن التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها لا يترتب عليه ضرر ؛ لأن التبرع بها وقع على وجه الفرق وعري عن المغالبة والمكايسة فكان جائزاً ^(١٢٢).

ويمكن أن يستدل أيضاً بأدلة جواز بيع العين المملوكة بغير البيع وكذا أدلة القول بجواز رهنها وقد تقدم ذكرها.

القول الثاني: إنه لا يجوز التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها في عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه وإليه ذهب الحنفية ^(١٢٣) ، والشافعية في الوجه الأصح ^(١٢٤) ، وهو المذهب عند الحنابلة ^(١٢٥) .
أدلتهم:

استدلوا بأدلة من قال بمنع المعاوضة عن العين المملوكة بغير البيع قبل قبضها فيما يخشى انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل القبض ، وكذا أدلة من منع التصرف فيه بالعتق ، والرهن ، ونوقشت بما نوقشت به تلك الأدلة ^(١٢٦).

(١١٨) المنتقى (٢٨٢/٤).

(١١٩) انظر: ص (١٨٥).

(١٢٠) المنتقى (٢٨٢/٤).

(١٢١) تهذيب السنن (٢٨١/٩) ، الفروق (١٥١/١).

(١٢٢) المنتقى (٢٨١/٤).

(١٢٣) بدائع الصنائع (١٨٠/٥) ، فتح القدير (٤٧٣/٦) ، رد المحتار (٣٦٩/٧).

(١٢٤) المجموع (٢٦٥/٩) ، روضة الطالبين (١٦٧/٣) ، مغني المحتاج (٤٦٢/٢).

(١٢٥) الإنصاف (٤٦٣/٤) . كشف القناع (٢٤٥/٣) ، شرح منتهى الإرادات (٦٠/٢).

(١٢٦) انظر: ص (١٨٧-١٨٩).

والراجع:

والله أعلم هو القول الأول ، وأنه يجوز التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها ؛ وذلك لعدم الدليل المانع من الصحة ، ولأصل الثابت المطرد وهو صحة وحل جميع المعاملات المالية إلا إذا طرأ مانع التحريم على أصل الصحة ، ثم إن علل المعلنين بمنع بيع المبيع قبل قبضه لا تنطبق على هذه المسألة ، قال ابن القيم عن التبرع بالعين : ” ونحن لنا في مثل هذا التصرف قبل القبض خلاف ، فمن أصحابنا من يجوز ، ونفترق بين التصرف فيه بالبيع والتصرف بالهبة ، ونلحق الهبة بالعق ، ونقول هي إخراج عن ملكه لا تتوالى فيه ضمانات ، ولا يكون التصرف بها عرضة لربح ما لم يضمن .. “ (١٢٧).

الفرع الثاني: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: التصرف في ما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة: تقدم في

الفرع الأول الكلام على التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه ، وفي هذا الفرع أتكلم عن حكم التصرف في ما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه من الأعيان ، ويمثل له الفقهاء بالمهر وكذا بدل الخلع ، والصلح عن دم العمد ، وعن قيمة المثل ، وأرشد الجناية ، والفقهاء يذكرون حكماً واحداً لها ولا يفرقون في الحكم بينها في الجملة. وهذه المسألة اختلف العلماء فيها على قولين :

القول الأول: جواز التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة سواء أكان

معيناً أم مما يحتاج إلى حق توفية وإليه ذهب الحنفية (١٢٨) ، والمالكية إن لم يكن طعام معاوضة (١٢٩) ، والشافعية في قول (١٣٠) ، وهو قول عند الحنابلة (١٣١) ، جزم به ابن قدامة في المغني (١٣٢) ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمهم الله (١٣٣).

(١٢٧) تهذيب السنن (٢٨١/٩).

(١٢٨) فتح القدير (٤٧٣/٦) ، رد المحتار (٣٧٠/٧).

(١٢٩) حاشية الدسوقي (١٥٢/٣).

(١٣٠) المجموع (٢٦٧/٩).

(١٣١) المغني (٢٤٠/٤) ، الإنصاف (٤٦٨/٤).

(١٣٢) المغني (٢٤٠/٤).

(١٣٣) الإنصاف (٤٦٨/٤).

أدلتهم:

الدليل الأول: إن السبب المبيح للتصرف هو الملك وقد وجد في هذه الصور فتباح^(١٣٤) المعاوضة عنها.

الدليل الثاني: إن علة المنع من التصرف في المبيع قبل قبضه هي غرر الانفساخ بتلف المعقود عليه قبل قبضه، وهذه العلة غير موجودة فجاز بناء عقد آخر عليه^(١٣٥).

الدليل الثالث: إن من العلل التي علل بها من منع من بيع المبيع قبل قبضه؛ هي ألا يربح في ما لم يدخل في ضمانه وهذه العلة غير موجودة هنا^(١٣٦).

واستدلوا أيضاً بأدلة من قال بجواز المعاوضة عن ما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه وقد تقدمت^(١٣٧).

القول الثاني: إنه لا يجوز التصرف في ما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة وإليه ذهب المالكية إن كان طعاماً^(١٣٨)، والشافعية في قول هو المذهب سواء كانت المعاوضة مع مالكة الأول أو غيره^(١٣٩)، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٤٠).

أدلتهم:

الدليل الأول: قياس التصرف بالعين المملوكة بعقد لا يخشى انفساخه بتلفه قبل قبضه على ما ملك بعقد يخشى انفساخه بتلفه قبل قبضه، بجامع أن كلا منهما مملوك بعقد معاوضة فلا يصحان للنهي عن بيع المبيع قبل قبضه^(١٤١).

يناقش: بأن القياس هنا قياس غير صحيح؛ لأنه قياس على مسألة مختلف فيها، وهي بيع المبيع قبل قبضه.

الدليل الثاني: قالوا إنه لا يجوز التصرف بالمهر قبل الدخول؛ لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول، وكذلك يخشى عليه الانفساخ بسبب من جهة المرأة، أو تنصفه بالطلاق، أو انفساخه بسبب من غير جهتها^(١٤٢).

(١٣٤) المغني (٢٤٠/٤).

(١٣٥) المغني (٢٤٠/٤).

(١٣٦) الإنصاف (٤٦٨/٤).

(١٣٧) انظر: ص (١٨٤-١٨٦).

(١٣٨) حاشية الدسوقي (١٥٢/٣).

(١٣٩) المجموع (٢٦٧/٩).

(١٤٠) المغني (٢٤٠/٤)، الإنصاف (٤٦٣/٤)، كشف القناع (٢٤٤/٣)، شرح منتهى الإرادات (٦٠/٢).

(١٤١) المجموع (٢٦٧/٩).

(١٤٢) المغني (٢٤٠/٤).

نوقش: بأن هذا الدليل منقوض بأن قبض المهر لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول، فلو فورقت المرأة بسبب من قبلها بعد قبض المهر وقبل الدخول رجع الزوج عليها بنصفه^(١٤٣).

واستدلوا أيضاً إضافة على ما ذكر بأدلة من منع المعاوضة عن الأعيان المملوكة بغير البيع في عقد يخشى انفساخه بتلف المعقود عليه قبل قبضه، ونوقشت أدلتهم بما نوقشت به هناك^(١٤٤).

الراجع:

والله أعلم بعد عرض الخلاف في هذه المسألة وأدلة كل قول هو القول الأول، وأنه يجوز التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة، وذلك لقوة ما اعتضد به هذا القول من دليل؛ ولأن غرر الانفساخ متوهم وبعيد جداً فلا تمنع معاملة مالية الأصل صحتها لمعنى موهوم ثم على فرض إمكانية الهلاك والانفساخ فإنه يرد الثمن على صاحبه.

المسألة الثانية: التصرف في ما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة: إذا ملك الإنسان شيئاً بعقد معاوضة غير البيع وأراد أن يتصرف فيه بغير المعاوضة بهبته، أو رهنه، أو عتقه، أو غير ذلك فهل يجوز له ذلك أم لا؟.

هذه المسألة اختلف العلماء فيها وخلافهم فيها كخلافهم في التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة^(١٤٥)، والراجع هنا كالراجع هناك بل الجواز هنا أولى؛ لأنه إذا جاز التصرف مع إمكانية انفساخ العقد، فلن يجوز مع عدم إمكانية الانفساخ من باب أولى.

المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بعقود غير المعاوضات قبل قبضها
وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد القرض
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملكية القرض: إذا أقرض شخص شخصاً ما يصح قرضه وحصل الإيجاب والقبول بينهما تم العقد، لكن متى تصبح العين المقرضة ملكاً للمقرض يتصرف فيها كيف شاء، هذه المسألة اختلف العلماء فيها على قولين:

(١٤٣) المغني (٤/٢٤٠)، حاشية سعدي أفندي على فتح القدير (٦/٤٧٣).

(١٤٤) انظر: ص (١٨٧-١٨٩).

(١٤٥) انظر: ص (١٨٩-١٩٧).

القول الأول: أن المقرض يملك القرض بالقبض وإليه ذهب الحنفية ^(١٤٦)، والشافعية؛ وعندهم قول أنه يقبض بالتصرف ^(١٤٧)، وهو المذهب عند الحنابلة ^(١٤٨) رواية واحدة. أدلتهم:

الدليل الأول: إن التصرف في القرض يتوقف على قبضه فدل على أن الملك يتوقف عليه ^(١٤٩).
الدليل الثاني: إن من أمارات وعلامات الملك أن من بيده العين يتصرف فيها بيعاً، وهبة، وشراء، وصدقة، وغير ذلك، إذا فلا ملك إلا بالقبض ^(١٥٠).
الدليل الثالث: قياس عقد القرض على الهبة بل هو أولى، لأن القرض له عوض والهبة لا عوض لها ^(١٥١).
نوقش: بأن قياس القرض على الهبة قياس على مسألة مختلف فيها فلا يصح القياس.
الدليل الرابع: إن اشتراط القبض للملك هو الذي يدل عليه المعنى اللغوي لكلمة القرض، فإنه في اللغة القطع فيدل على انقطاع ملك المقرض بالتسليم ^(١٥٢).
القول الثاني: إن المقرض يملك القرض بالعقد وإليه ذهب المالكية ^(١٥٣) والظاهرية ^(١٥٤). أدلتهم:

الدليل الأول: إن القرض يملك بالعقد قياساً على الهبة، والصدقة ^(١٥٥).
يناقش: بأن قياس القرض على الهبة قياس غير صحيح، لأن الأصل المقيس عليه مختلف فيه.
الدليل الثاني: إن كل معروف فإنه يملك بالعقد، ومنه القرض ^(١٥٦).
يناقش: بأن حاصل هذا الدليل قياس القرض على الهبة وهو قياس غير صحيح كما تقدم.

(١٤٦) بدائع الصنائع (٣٩٦/٧)، رد المحتار (٣٩٢/٧).

(١٤٧) الفروع (٢٠١/٤)، روضة الطالبين (٢٧٧/٣)، المنهاج مع المغني (٣٥/٣)، نهاية المحتاج (٢٣٢/٤).

(١٤٨) الإنصاف (١٢٥/٥)، تصحيح الفروع (٢٠٢/٤)، كشف القناع (٣١٤/٣).

(١٤٩) كشف القناع (٣١٤/٣)، نهاية المحتاج (٢٣٢/٤).

(١٥٠) بدائع الصنائع (٣٦٩/٧).

(١٥١) مغني المحتاج (٣٥/٣).

(١٥٢) بدائع الصنائع (٣٩٦/٧).

(١٥٣) الشرح الصغير (١٨٥/٣)، حاشية الدسوقي (٢٢٦/٣)، جواهر الإكليل (٧٦/٢).

(١٥٤) المحلى (٣٥٠/٦).

(١٥٥) الشرح الصغير (٨٥/٣).

(١٥٦) الشرح الكبير (٢٢٦/٣)، بلغة السالك (١٨٥/٣).

الراجع:

والله أعلم هو القول الأول وأن عقد القرض لا يملك إلا بالقبض؛ لأن الأصل في مال المكلف أنه لا ينتقل من ملك من هو له إلا بالقبض، وتحقق استلام العاقد له حتى تثبت يده عليه.

المسألة الثانية: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد القرض: تقدم في المسألة

الأولى ذكر خلاف أهل العلم رحمهم الله تعالى في وقت ملكية القرض، وتقدم أن الرائج من أقوال أهل العلم أن القرض لا يملك إلا بالقبض، أما حكم التصرف في الأعيان فإنه منبني على الخلاف السابق، فمن رأى أن العين المقرضة لا تملك إلا بالقبض وهم الحنفية، والشافعية، والحنابلة، رأوا أنه لا يصح التصرف في القرض إلا بالقبض، لأنه ليس للإنسان أن يتصرف إلا في ملكه، والعين المقرضة قبل قبضها ملك للمقرض، أما على مذهب المالكية، والظاهرية، فإن للمقرض أن يتصرف بالقرض قبل قبضه، لأنه ملك له بالعقد فهو يتصرف في ملكه.

قال أحمد النفاوي ت (١١٢٥ هـ): "ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفى.. والمعنى أنه يجوز لمن اقترض طعاماً من شخص.. أن يبيعه قبل قبضه من مقرضه" (١٥٧).

ومثل القرض الصدقة فإن حكمها حكم القرض فهي لا تملك إلا بالقبض (١٥٨) وأما على مذهب المالكية فتقبض بمجرد العقد، لأنها من المعروف (١٥٩).

والذي يظهر للباحث رجحانه هو قول جمهور أهل العلم رحمهم الله.

الفرع الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الهبة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملك الهبة: إذا وهب شخص لشخص آخر هبة فهل تكون ملكاً للموهوب له

من العقد أم لا بد من قبضها حتى تصبح ملكاً له؟. اختلف العلماء رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الهبة لا تملك إلا بالقبض وإليه ذهب جمهور الفقهاء الحنفية (١٦٠) والشافعية (١٦١) وهو

المذهب عند الحنابلة (١٦٢).

(١٥٧) الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (٨٥/٢).

(١٥٨) قواعد ابن رجب (٨٣).

(١٥٩) الشرح الكبير (٢٢٦/٣)، بلغة السالك (١٨٥/٣).

(١٦٠) الكتاب (١٧١/٢)، بدائع الصنائع (١٢٣/٦)، رد المحتار (٤٩٢/٨)، اللباب في شرح الكتاب (١٧١/٢).

(١٦١) المنهاج مع المغني (٥٦٥/٣)، روضة الطالبين (٤٣٧/٤)، مغني المحتاج (٥٦٥/٣)، زاد المحتاج (٤٣٦/٦).

(١٦٢) المغني (٢٧٤/٦)، الشرح الكبير (٢٧٦/٦)، الإنصاف (١٢٠/٧).

أدلتهم:

الدليل الأول: إن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل ابنته عائشة رضي الله عنها جزاً من عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما مرض قال: "يا بني ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أحد أعز علي فقراً منك، وكنت نخلتكَ جزاً من عشرين وسقاً وودت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث فاقسموا علي كتاب الله" (١٦٣).

وجه الاستدلال: إن عائشة رضي الله عنها لم تقبض الهبة حتى نزل بأبيها ولو قبضته قبل لكان ملكاً لها فدل على أن الهبة لا تملك إلا بالقبض (١٦٤).
نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: إن عائشة رضي الله عنها تراخت في قبضه حتى مرض أبوها فسقط حقها ولو بادرت بأخذه لكان لها.
رد: بأن حق الإنسان الثابت له لا يسقط بالتراخي في قبضه؛ لأنه ملك له وإذا قيل بملكية الهبة بمجرد العقد ما سقط حق عائشة رضي الله عنها.

الوجه الثاني: أنه قد جاء في بعض ألفاظ الأثر، أن أبا بكر رضي الله عنه قال: "وإني أخاف أن أكون آثرتك على ولدي"، فيكون المانع لأبي بكر رضي الله عنه هو خوف عدم العدل.
رد: بأنه لا يمنع أن يكون سبب الرد أمرين مختلفين، فهو رضي الله عنه بين أنها لو حازته لكان لها ثم أيد رجوعه بأنه يخشى عدم العدل.

الوجه الثالث: وقيل؛ لأنها كانت مجهولة فلم ينفذها أبو بكر رضي الله عنه وذلك قياساً على البيع (١٦٥).
رد: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تبرع والبيع عقد معاوضة فيجوز في التبرع ما لا يجوز في المعاوضة (١٦٦).
الدليل الثاني: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات الابن قال: مالي وفي يدي، وإذا مات الأب، قال الأب: مالي كنت نخلت ابني إلى كذا وكذا، ألا لا يحل إلا لمن حازه وقبضه" (١٦٧).

وجه الاستدلال من الأثر: أن عمر رضي الله عنه حكم بأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض.

(١٦٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ رقم (١٤٤٣) ص (٤١٣)، والبيهقي في السنن الكبرى رقم (١٢٢٦٧) (٢٨٠/٦)، وابن حزم في المحلى (٦٨/٨)، والأثر صححه الألباني في الإرواء (٦١/٦)، ولفظ آثرتك صححه ابن حزم (٦٨/٨).

(١٦٤) المغني (٢٧٤/٦).

(١٦٥) الذخيرة (٢٣٠/٦).

(١٦٦) إعلام الموقعين (٢٨/٢).

(١٦٧) أخرجه الإمام مالك في الموطأ رقم (٢٧٨٤) ص (٤١٣).

الدليل الثالث: أن الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، قال ابن قدامة: "ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن ما قلناه مروى عن أبي بكر وعمر ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف" (١٦٨).

الدليل الرابع: عن أم كلثوم بنت أبي سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكاً ثم قال لأم سلمة: "إني لأرى النجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أهديت إليه إلا سترد فإذا ردت إلي فهي لك فكان ذلك" (١٦٩).

وجه الاستدلال: أنه لو كانت الهدية التي لها حكم الهبة تملك بالعقد؛ لم يقل النبي ﷺ إنها سترد.

الدليل الخامس: قياس عقد الهبة على عقد القرض في عدم الملك إلا بالقبض، بجامع أن كلا منهما عقد إرفاق (١٧٠).

يناقش: بأن هذا قياس غير صحيح؛ لأنه قياس على أصل مختلف فيه.

الدليل السادس: أن عقد الهبة عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فلزم أن يفتقر إلى القبض، كالقرض (١٧١).

يناقش: بما نوقش به الدليل السابق.

القول الثاني: إن الهبة تملك بالعقد وإليه ذهب المالكية (١٧٢)، والحنابلة في رواية (١٧٣)، والظاهرية (١٧٤). أدلتهم:

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ: (العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه) (١٧٥).

-
- (١٦٨) المغني (٢٧٤/٦)، حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج (٤١٤/٥).
- (١٦٩) أخرجه الإمام أحمد في مسنده رقم (٢٧١٣٧)، (٤٥٢/٦)، وابن حبان رقم (٥١١٤)، (٥١٥/١١)، وصححه الألباني في الإرواء (٦٢/٦).
- (١٧٠) مغني المحتاج (٥٦٥/٣).
- (١٧١) الحاوي (٢٠٤/٩).
- (١٧٢) بداية المجتهد (٥٩٥/٢)، الذخيرة (٢٣٠/٦)، الشرح الكبير (١٠١/٤)، حاشية الدسوقي (١٠١/٤)، جواهر الإكليل (٢١٢/٢).
- (١٧٣) الكافي (٤٦٧/٢)، الإنصاف (١٢١/٧)، تصحيح الفروع (٦٤٢/٤).
- (١٧٤) المحلى (٨٢/٨).
- (١٧٥) أخرجه البخاري في صحيحه في الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته رقم (٢٤٧٩) (١٤٢/٣)، ومسلم في صحيحه في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به (١٦٢٠)، (٦٣/٥).

وجه الاستدلال : إن النبي ﷺ لم يفرق في العود في الهبة بين ما قبض وما لم يقبض.

نوقش الاستدلال بالحديث : بأن الحديث وارد في الهبة المقبوضة دون غيرها ؛ لأنها هي التي يصدق عليها حقيقة العود القبيح المنهي عنه ^(١٧٦).

الدليل الثاني : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ جاء رجل من الأنصار بكبة شعر أخذها من المغنم ، فقال رسول الله ﷺ : "أما ما كان لي ، فهو لك" ^(١٧٧).

وجه الاستدلال : أن النبي ﷺ وهب الرجل نصيبه من الكبة وهو لا يعلم قدرها مما يدل على أن الهبة تملك بالعقد.

نوقش : بأن الهبة من عقود التبرعات فلا ضرر ولا غرر في تعليقها بالموجود ، والمعدوم ، والمجهول وغيره ^(١٧٨).

الدليل الثالث : قوله ﷺ لأُم سلمة : "إن ردت إلي فهي لك فكان كذلك" ^(١٧٩).

وجه الاستدلال : أن القبض ليس شرطاً لملك الهبة ولذا علقها النبي ﷺ على أمر مستقبل ، مما يدل على ملكية الهبة بالعقد.

يناقش : بأن هناك فرقاً بين الانعقاد وال لزوم ، فعقد الهبة ينعقد بعقده لكن لا يصبح لازماً إلا بالقبض.

الدليل الرابع : أن الهبة إزالة ملك واقعة بلا عوض فلزمت بمجرد العقد ، كالوقف ، والعتق ^(١٨٠).

الدليل الخامس : أن الهبة عقد تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية ، والوقف ، ونحوهما ^(١٨١).

نوقش الدليلان : بأن القياس على الوقف والعتق لا يصح ؛ لأنهما إخراج ملك لله تعالى فخالفت التمليكات ؛ ولأن الوصية تلزم في حق الوارث فخالفت الهبة ، وكذلك العتق ليست الهبة مثله ، لأنه إسقاط حق وهي تملك فلا قياس ^(١٨٢).

(١٧٦) المغني (٢٧٥/٦).

(١٧٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده رقم (٦٧٢٦) ، (٢٤٤/٢) ، وأبو داود في سننه في الجهاد ، باب في فداء الأسير بالمال رقم

(٢٦٩٤) ، (٦٩/٢) قال في مجمع الزوائد : ((ورواه أحمد ورجال أحد إسناديه ثقات)) (٢٧٨/٦) ، وحسنه الألباني في صحيح

سنن أبي داود (١٩٤/٦) ، رقم (٣٦٩٤) .

(١٧٨) إعلام الموقعين (٢٨/٢).

(١٧٩) تقدم تخرجه ص (٢٠٣).

(١٨٠) المغني (٢٧٥/٦).

(١٨١) المغني (٢٧٥/٦).

(١٨٢) المغني (٢٧٥/٦).

الدليل السادس: إن الأصل في العقود عدم اشتراط القبض لصحتها حتى يقوم دليل يدل على اشتراطه وهو هنا كذلك (١٨٣).

يناقش: بأن الدليل قد قام على شرطية القبض كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول.
الراجع:

والله تعالى أعلم هو القول الأول، وأن الهبة لا تملك ولا تصبح لازمة إلا بالقبض، وذلك لقوة أدلة أصحاب القول، وكونها تعتضد بالأصل وهو بقاء ملك الإنسان على ما بيده حتى ينتقل بذاته إلى الغير.

المسألة الثانية: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الهبة: تقدم في المسألة الأولى

حكاية خلاف العلماء رحمهم الله في وقت ملكية القرض، وتقدم بيان أدلة كل قول، والراجع منها وليعلم أن هذه المسألة ينبني حكمها على المسألة السابقة، فعلى رأي الجمهور القائلين بأن الهبة لا تملك إلا بالقبض فليس لمن وهبت له عين أن يتصرف فيها قبل قبضها بمعاوضة، أو غيرها حتى يقبضها؛ لأنها ليست ملكاً له، والإنسان ليس له أن يتصرف في غير المملوك له، إذ من شرط صحة تصرفه ملك العين التي يتصرف فيها.

وأما على مذهب المالكية، والظاهرية، فإنه يجوز للإنسان أن يتصرف في العين الموهوبة قبل قبضها؛ لأنهم يرون أنها تملك بالعقد فإذا قبلها أصبحت ملكاً له يتصرف فيها كيف شاء، والأقرب والله أعلم هو القول الأول، أما إذا قبضها فإنه يتصرف فيها كيف شاء؛ لأنها أصبحت ملكاً له، قال محمد بن عبدالله الخرشى ت (١١٠١ هـ):
”إن الهبة إذا أعتقها الموهوب له، أو باعها قبل قبضها، أو وهبها فإنها تكون ماضية ويعد فعله ذلك حوزاً لها إذا أشهد ذلك وأعلن بما فعله“ (١٨٤).

الفرع الثالث: التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الوصية

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وقت ملك الوصية: إذا أوصى شخص لآخر بعين من الأعيان فهل للموصى له

أن يتصرف فيها قبل قبضها أم ليس له ذلك؟.

هذه المسألة منبئية على وقت ملك الموصى له للعين الموصى بها هل يملكها بالقبول بعد الموت أم أنها تدخل ملكه من حين الموت أم ماذا؟.

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

(١٨٣) بداية المجتهد (٥٩٥/٢).

(١٨٤) حاشية الخرشى (٤١/٧).

القول الأول: أن الوصية لا تملك إلا بالقبول بعد موت الموصي، وإليه ذهب الحنفية^(١٨٥)، والمالكية^(١٨٦)، والشافعية في قول منصوص^(١٨٧)، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٨٨). أدلتهم:

الدليل الأول: إن الوصية إثبات ملك جديد بدليل أن الموصى له لا يرد بالعيب، والملك الجديد لا يثبت إلا بالقبول، ولهذا لا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله^(١٨٩).

الدليل الثاني: إن أوان ثبوت حكم الوصية بعد الموت؛ لأن القبول متعلق بالموت فلا يعتبر القبول قبل الموت كما لا يعتبر قبل العقد^(١٩٠).

الدليل الثالث: ولأن الموصي في حال حياته له الرجوع في الوصية ما دام حياً، فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله^(١٩١).

الدليل الرابع: قياس الوصية على الهبة حال الحياة فإنها لا تملك إلا بالقبول، فلا تملك الوصية إلا بالقبول بعد موت الموصي^(١٩٢).

يمكن أن يناقش: بأن هذا التعليل متمشٍ على قول المالكية أن الهبة لا تملك إلا بالقبول وقد تقدم أن الراجح أنها لا تملك إلا بالقبض^(١٩٣).

الدليل الخامس: إن القبول لا يخلو إما أن يكون شرطاً وإما جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه^(١٩٤).

الدليل السادس: قالوا: ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل^(١٩٥).

(١٨٥) فتح القدير (٤٥٨/١٠)، رد المختار (٣٤٩/١٠).

(١٨٦) المعونة (١٦٤٤/٣)، بداية المجتهد (٦٠٧-٦٠٨/٢)، الشرح الصغير (٣١٨/٤)، الشرح الكبير (٤٢٤/٤).

(١٨٧) المغني (٤٧٠/٦)، الإنصاف (٢٠٦/٧)، قواعد ابن رجب (٨٣).

(١٨٨) الحاوي (٨٧/١٠)، روضة الطالبين (١٣٦/٥).

(١٨٩) فتح القدير (٤٥٨/١٠)، مغني المحتاج (٨٨/٤).

(١٩٠) فتح القدير (٤٥٨/١٠)، رد المختار (٣٤٩/١٠).

(١٩١) المعونة (١٦٤٤/٣).

(١٩٢) المعونة (١٦٤٤/٣)، الحاوي (٨٧/١٠).

(١٩٣) انظر: ص (٢٠١).

(١٩٤) المغني (٤٧٢/٦).

(١٩٥) المغني (٤٧٢/٦).

القول الثاني : إن الوصية تملك بموت الموصي ، وإليه ذهب المالكية في قول ^(١٩٦) ، والشافعية في قول أيضاً ^(١٩٧) ، والحنابلة في احتمال وقيل قول ^(١٩٨) .

دليلهم : قياس الوصية على الميراث لأن الوصية أخت الميراث فتدخل في ملك الموصى له بغير اختيار ، ووجه كونها أخت الميراث لأنها خلافة في المال المنتقل ^(١٩٩) .

نوقش : بأن قياس الوصية على الميراث قياس مع الفارق لأن الميراث عطية من الله فلم يشترط فيه القبول ، والوصية عطية من المخلوق فاشترط فيها القبول ^(٢٠٠) .

القول الثالث : أن الملك في الوصية مراعى ، فإذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ثبت له من حين الموت و إلا فهو للوارث ، وإليه ذهب الشافعية في قول منصوص ^(٢٠١) صححه علي الماوردي ت (٤٥٠ هـ) ^(٢٠٢) ، والحنابلة في رواية ^(٢٠٣) .

دليلهم : إنه لما كان الوارث لا يملك الإرث في هذه العين ، والميت ممتنع أن يبقى له ملك ، اقتضى أن يكون الملك موقوفاً على قبول الموصى له ورده ، وحق الموصى له في القبول باق ما لم يعلم قبوله أو رده ^(٢٠٤) .

نوقش : بالمنع أن الملك لا يثبت للوارث ، فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع ، ويمنع أيضاً أن يكون الميت لم يبق له ملك فإنه يبقى له ملك فيما يحتاج إليه من مؤنة ، وتجهيز ، ودفن ، وقضاء دين ، وغيرها ^(٢٠٥) .
الراجح :

والله أعلم هو القول الأول ؛ وهو أن الوصية لا تملك إلا بالقبول بعد الموت وأن حق الموصى له لا يثبت إلا بعد قبوله ، لأنه قبل القبول ليس له حق في العين لكونها باقية في ملك صاحبها وبعد موته منتقلة إلى ورثته فإن قبل انتقل الملك إليه .

(١٩٦) بلغة السالك (٣١٩/٤) ، حاشية الدسوقي (٤/٤٢٤) .

(١٩٧) روضة الطالبين (١٣٦/٥) .

(١٩٨) الفروع (٦٨٤/٤) ، الإنصاف (٢٠٧/٧) .

(١٩٩) الحاوي (٨٨/١٠) ، روضة الطالبين (١٣٦/٥) .

(٢٠٠) الحاوي (٨٨/١٠) .

(٢٠١) الحاوي (٨٨/١٠) ، روضة الطالبين (١٣٦/٥) .

(٢٠٢) الحاوي (٨٨/١٠) .

(٢٠٣) المغني (٤٧١/٦) ، الفروع (٦٨٤/٤) ، الإنصاف (٢٠٧/٧) .

(٢٠٤) الحاوي (٨٧/١٠) ، المغني (٤٧١/٦) .

(٢٠٥) المغني (٤٧٢/٦) .

المسألة الثانية : التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الوصية : لا شك أن الموصى له إذا قبض الوصية فإن له التصرف فيها بما شاء بلا خلاف ؛ لأنها ملك كسائر أملاكه ، وكذلك إذا قبل الوصية بعد موت الموصي فهي ملك له بالقبول يتصرف فيها بما شاء من بيع ، وهبة ، وصدقة ، ووصية ، وغيرها ، لكن هل له أن يتصرف فيها قبل القبول أم لا ؟.

هذه المسألة ينبني حكمها على المسألة السابقة وهي وقت ملك الوصية ، فإن قلنا إنها تملك بالقبول كما هو القول الأول والثالث فإنه لا يصح له التصرف في الوصية قبل قبضها ، وإن قلنا إنها تملك بموت الموصي فإن للموصى له أن يتصرف فيها قبل القبول ، لأنها تدخل في ملكه بموت الموصي ، وقد تقدم من قبل أن الراجح من أقوال أهل العلم هو القول الأول ، وأنها لا تملك إلا بالقبول بعد موت الموصي ، وبناء عليه فلا يصح تصرف الموصى له قبل القبول بعد موت الموصي.

قال عبدالله بن عبدالرحمن داماد أفندي ت (١٠٧٨ هـ) ، في الكلام على الوصية بالمبيع قبل قبضه... " وأما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقاً " (٢٠٦).

وهذا في شيء ملك على سبيل المعاوضة فما ملك على سبيل التبرع فمن باب أولى.
قال ابن رجب : " النوع الثاني : عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية.. فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه " (٢٠٧).

المبحث الثاني : التصرف في الأعيان المملوكة بغير العقود قبل قبضها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في استحقاق أموال الوقف

وفيه فرعان :

الفرع الأول : ملك الوقف ولزومه

إذا ملك الإنسان عيناً بغير عقد مثل أن يملكها بمرث ، أو استحقاق من أموال الوقف ، أو غيرها فهل يملك التصرف فيها بمعاوضة أو تبرع أو غيرهما ؟. لكن قبل ذلك في استحقاق أموال الوقف ، هل الموقوف عليه يملك الوقف أم هو ملك للواقف ؟. هذه المسألة اختلف الفقهاء فيها على قولين :

(٢٠٦) مجمع الأنهر (٧٩/٢).

(٢٠٧) القواعد (٨٣).

القول الأول: أن الوقف يخرج من ملك الواقف ويكون ملكاً للموقوف عليه إن كان على شخص وإليه ذهب الشافعية في قول^(٢٠٨)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢٠٩).
أدلتهم :

الدليل الأول: قياس الوقف على الهبة والبيع يجامع أن كلاً منهم سبب موجود يزيل ملك الواقف، والموقوف عليه يصح تملكه فوجب أن ينتقل الملك^(٢١٠).

الدليل الثاني: ولأن الوقف سبب لا يخرج به المال عن المالية، فوجب أن ينتقل به الملك إلى الموقوف عليه^(٢١١).

الدليل الثالث: ولأن الوقف لو كان تملكاً للمنفعة المجردة لم يلزم، ولزومه دليل على أنه تملك للعين والمنفعة^(٢١٢).

الدليل الرابع: قياس الوقف على الصدقة فإن الصدقة مملوكة للمتصدق عليه وكذلك الوقف^(٢١٣) إلا أن يحكم بزواله حاكم أو يعلقه على موته.

القول الثاني: أن الوقف يبقى في ملك الواقف لا يزول عنه وإليه ذهب أبو حنيفة^(٢١٤)، والمالكية^(٢١٥)، والشافعية في قول^(٢١٦)، والحنابلة في رواية^(٢١٧).
أدلتهم:

الدليل الأول: أن الملك للواقف؛ لأنه إنما أزال ملكه عن منافعه، وفوائده لا عن ذاته^(٢١٨).

(٢٠٨) المنهاج (٥٤٦/٣)، مغني المحتاج (٥٤٦/٣)، نهاية المحتاج (٣٨٨/٥).

(٢٠٩) المغني (٢١١/٦)، المبدع (٣٢٨/٥)، القواعد (٨٣)، كشف القناع (٢٥٤/٤).

(٢١٠) المغني (٢١٢/٦)، المبدع (٣٢٨/٥).

(٢١١) المبدع (٣٢٨/٥).

(٢١٢) المبدع (٣٢٨/٥).

(٢١٣) نهاية المحتاج (٣٨٩/٥).

(٢١٤) كنز الدقائق (٣٢٥/٣)، تبين الحقائق (٣٢٥/٣)، حاشية الشلبي على التبيين (٣٢٥/٣).

(٢١٥) الفواكه الدواني (١٨١/٢)، جواهر الإكليل (٢٠٥/٢).

(٢١٦) المنهاج (٥٤٦/٣)، مغني المحتاج (٥٤٦/٣)، نهاية المحتاج (٣٨٨/٥).

(٢١٧) المبدع (٣٢٩/٥)، الإنصاف (٣٨/٧).

(٢١٨) نهاية المحتاج (٣٨٨/٥).

يناقش: أن المقصود الأعظم من الذوات إنما هو منافعتها، وفوائدها، فإذا ملكت المنافع، والفوائد ملكت الذوات تبعاً لها.

الدليل الثاني: إن الوقف كالعارية غير لازم، فيجوز الرجوع فيه للواقف متى شاء، وما كان هذا حقيقته فهو ملك لواقفه^(٢١٩).

يناقش: بأن هذا الاستدلال استدلال بمسألة مختلف فيها وهي هل الوقف عقد لازم أم لا؟ فلا يسلم الاستدلال به.

الدليل الثالث: إن حقيقة الوقف هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة، والمراد بتحبيس الأصل إبقاؤه على ملك الواقف وإلا كان مسبلاً لها كلها^(٢٢٠).

ويناقش: بأنها وإن انتقلت من ملك الواقف إلى الموقوف عليه فهي محبسة؛ لأنه لا يتصرف فيها بأي تصرف ناقل للملك.

القول الثالث: إن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى ملك الله عز وجل، والمراد بهذا الانتقال أنه ينفك عن اختصاص آدمي، وإلى هذا القول ذهب بعض الحنفية^(٢٢١)، والشافعية في القول الأظهر^(٢٢٢)، والحنابلة في رواية^(٢٢٣).

أدلتهم:

الدليل الأول: القياس على العتق بجامع أن كلاً منهما إزالة الملك عن العين والمنفعة على وجه القرية، وذلك بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله^(٢٢٤).

نوقش: بأنه لو كان الوقف تمليكاً للمنفعة فقط لم يكن لازماً كالعارية^(٢٢٥).

الدليل الثاني: إنه لو كان الوقف ينتقل إلى الموقوف إليه لافتقر إلى القبول كسائر الأملاك^(٢٢٦).

(٢١٩) تبين الحقائق (٣/٣٢٥).

(٢٢٠) المبدع (٥/٣٢٩)، تبين الحقائق (٣/٣٢٥)، مغني المحتاج (٣/٤٥٦).

(٢٢١) كنز الدقائق (٣/٣٢٥)، تبين الحقائق (٣/٣٢٥).

(٢٢٢) المنهاج (٣/٥٤٦)، مغني المحتاج (٣/٥٤٦)، أسنى المطالب (٢/٤٧٠).

(٢٢٣) المغني (٦/٢١١)، المبدع (٥/٣٢٨).

(٢٢٤) الحاوي (٩/٣٧٢)، المغني (٦/٢١١)، الإنصاف (٧/٣٨)، نهاية المحتاج (٥/٣٨٨).

(٢٢٥) المغني (٦/٢١١).

(٢٢٦) المبدع (٥/٣٢٨).

الراجع:

والله أعلم هو القول الأول وأن الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه لكن ليس له حق التصرف في عين الوقف إنما له الحق بالتصرف في منفعة الوقف وفوائده ؛ لأن المقصود الأكبر من الأعيان هو ما تحمله من منافع وفوائد، لكن هل يلزم الوقف بمجرد اللفظ أم أنه لا يلزم إلا إذا أخرجه الواقف عن يده ؟ هذه المسألة اختلف العلماء فيها على قولين :

القول الأول : إن الوقف يخرج من ملك الواقف بمجرد اللفظ ولا يلزم إخراجه عن يده ، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية ^(٢٢٧) ، وبعض المالكية ^(٢٢٨) ، والشافعية ^(٢٢٩) ، وهو المذهب عند الحنابلة ^(٢٣٠) .
أدلتهم:

الدليل الأول : إن قضايا الأوقاف التي وقعت في عهد الرسول ﷺ وفي عهد الصحابة الكرام لم يؤمروا فيها بإخراج الأوقاف عن أيديهم إلى غيرهم بل تركت في أيديهم مع الحكم بلزومها ^(٢٣١) .

الدليل الثاني : قياس لزوم الوقف باللفظ على العتق بجماع أن كلاً منهما تبرع يمنع البيع ، والهبة ، والميراث ، فلزم بمجرد ^(٢٣٢) .

الدليل الثالث : إن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليحصل ثوابه على الدوام ويمكن دفع هذه الحاجة بإسقاط الملك فيه باللفظ ^(٢٣٣) .

القول الثاني : إن الوقف لا يخرج من ملك الواقف إلا إذا أخرجه من يده إلى غيره وإليه ذهب المالكية ^(٢٣٤) ، ومحمد بن الحسن من الحنفية ^(٢٣٥) ، والحنابلة في رواية ^(٢٣٦) .

(٢٢٧) كنز الدقائق (٣/٣٢٥) ، تبين الحقائق (٣/٣٢٥) .

(٢٢٨) جواهر الإكليل (٢/٢٠٥) .

(٢٢٩) الحاوي (٩/٣٧٢) .

(٢٣٠) المغني (٦/٢٠٩) ، الإنصاف (٧/٣٦) .

(٢٣١) المغني (٦/٢١٠) .

(٢٣٢) الحاوي (٩/٣٧٢) ، المغني (٦/٢١٠) ، تبين الحقائق (٣/٣٢٥) .

(٢٣٣) المبدع (٥/٣٢٨) .

(٢٣٤) المبدع (٥/٣٢٨) .

(٢٣٥) المبدع (٥/٨٣٢) .

(٢٣٦) المبدع (٥/٣٢٨) .

أدلتهم:

الدليل الأول: إن الوقف صدقة فكان التسليم من شرطه كالصدقة المنجزة^(٢٣٧).

يمكن أن يناقش: بأن قياس الوقف على الصدقة قياس مع الفارق، فالصدقة التملك فيها مطلق بخلاف الوقف فإن فيه تحبيساً للأصل وتسيلاً للثمرة.

الدليل الثاني: قياس الوقف على الهبة بجامع أن كلاهما تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرد اللفظ^(٢٣٨).

يناقش: بما نوقش به الدليل الأول.

الدليل الثالث: إن التملك من الله لا يتحقق قصداً؛ لأنه جل وعلا مالك كل شيء، ولكن تملك الله يثبت ضمناً بالتسليم إلى العبد كالزكاة، وغيرها من الصدقات المنجزة^(٢٣٩).

يناقش: من وجهين:

الوجه الأول: ما نوقش به الدليل الأول.

الوجه الثاني: أن هذا الدليل مبني على أن الوقف يكون ملكاً لله عز وجل، وقد تقدم من قبل أن الراجح من أقوال أهل العلم أن الوقف ملك للموقوف عليه.

الراجح:

والله أعلم أن الوقف يلزم بمجرد اللفظ وليس من شرط لزومه إخراجه عن ملك الواقف، لأن الشارع جعل لفظ الوقف سبباً في انعقاده ولزومه، وأن هذا الأمر هو الذي عليه عمل الرعيل الأول وجرت عليه سنتهم وطريقتهم.

الفرع الثاني: التصرف في المملوك من أموال الوقف قبل القبض

تقدم في الفرع الأول خلاف العلماء رحمهم الله في الوقف ملك من هو؟ وكذلك الخلاف في لزوم الوقف هل يلزم باللفظ أم يلزم بإخراجه عن يده؟.

وتقدم من قبل أن الراجح أنه الملك للموقوف عليه، وأنه يلزم باللفظ ولا حاجة إلى إخراجه عن يد الواقف، وبناء على هذا الرأي يصح التصرف فيه، لأنه ملك للإنسان يتصرف فيه كما شاء، وقد نص فقهاء المالكية، والحنابلة على صحة التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقد الوقف قال أحمد الدردير ت

(٢٣٧) تبين الحقائق (٣/٣٢٥).

(٢٣٨) المغني (٦/٢٠٩).

(٢٣٩) تبين الحقائق (٣/٣٢٥).

(١٢٠١ هـ) في الكلام عن التصرف بهذه الأعيان ^(٢٤٠) بخلاف ما لو رتب شيء لإنسان من بيت المال أو غيره، كوقف على وجه الصدقة فيجوز بيعه قبل قبضه لعدم المعاوضة ^(٢٤١).

قال ابن رجب: ^(٢٤٢) "هذا الكلام في العقود فأما الملك بغير عقد... والاستحقاق من أموال الوقف.. وأهل الوقف المستحقين له فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً، لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لأحد معهم.. ^(٢٤٣)". وهذا هو الراجح والله أعلم لما ذكر ابن رجب وفهمه من تعليل.

أما على مذهب الشافعي كما تقدم فإنهم يرون لزوم الوقف باللفظ بناء عليه يصح للموقوف عليه التصرف فيه، أما على مذهب أبي حنيفة فإن الوقف يبقى على ملك الواقف وهو غير لازم إلا بالإخراج، وأنه إذا مات الواقف قبل إخراج بطل الوقف، بناء عليه فليس للموقوف عليه التصرف فيه.

المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بالميراث قبل قبضها

أهل العلم قاطبة يرون أن الميراث ينتقل من المورث إلى الوارث بموت المورث، وتحقق حياة الوارث، ووجود المقتضي للإرث، وأنه يصبح ملكاً للوارث.

قال شمس الدين السرخسي ت (٤٨٣ هـ) في الزكاة.. ^(٢٤٤) "وهذا يقتضي أن ما لم يمضه من الصدقة يكون مال الوارث بعد موته، وبه علل في الكتاب قال، لأنها خرجت من ملكه الذي كان له، يعني أن المال صار ملك الوارث ^(٢٤٥)".

قال أحمد بن محمد الصاوي ت (١٢٤١ هـ) في الكلام على شروط الإرث قال: ^(٢٤٦) "فشروطه ثلاثة: تحقق حياة الوارث وتحقق موت المورث والعلم بالجهة ^(٢٤٧)". قال محمد الشربيني ت (٩٧٧ هـ) في عد شروط الإرث ^(٢٤٨) "أولها: تحقق موت المورث.. وثانيها: تحقق حياة الوارث.. وثالثها: معرفة أدلائه للميت بقرابة.. ورابعها: الجهة المنتضية للإرث تفصيلاً ^(٢٤٩)".

قال منصور البهوتي ت (١٠٥١ هـ): (وشروطه ثلاثة: تحقق حياة الوارث أو إلحاقه بالأحياء، وتحقيق موت المورث أو إلحاقه بالأموات، والعلم بالجهة المنتضية للإرث.. ^(٢٥٠)).

(٢٤٠) بلغة السالك (١٢٦/٣).

(٢٤١) القواعد (٨٣).

(٢٤٢) المبسوط (١٨٦/٢).

(٢٤٣) بلغة السالك (٤٠٠/٤).

(٢٤٤) مغني المحتاج (١٠/٤).

(٢٤٥) كشف القناع (٤٠٥/٤).

بناء على ما تقدم وأن الميراث يصبح ملكاً للوارث، فإنه يجوز للوارث التصرف بالميراث قبل قبضه؛ لأنه أصبح ملكاً له كسائر أملاكه.

قال ابن رجب رحمه الله: ^(٢٤٦) «وأما الملك بغير عقد كالميراث.. فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً، لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لأحد معهم، ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع، ونحوه من الأمناء» ^(٢٤٦).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الموفق من شاء من عباده للباقيات الصالحات، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وقدوة للعباد الصالحين.. أما بعد:

فقد توصلت في ختام هذا البحث إلى نتائج مباركة، وفوائد جيدة منها: أن جمهور أهل العلم يرون أن الملك غير المستقر هو الملك الذي يمكن انفساخ العقد فيه من غير إرادة المتعاقدين، أو كان يمكن فسخه بغير إرادة المالك، ويرى جمهور أهل العلم في الجملة أن الذي يمنع التصرف فيه هو ما كان فيه احتمال انفساخ العقد بتلف العقود عليه قبل القبض، وأما إن كان احتمال انفساخ العقد بسبب غير التلف سواء أكان من جهة أحد العاقدين، أم غيرهما فإنه لا يمنع التصرف.

ومنها: أنه يجوز المعاوضة عن كل ما ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه.

ومنها: أنه يجوز التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بغير المعاوضة، سواء كان التصرف فيه بالتق، أو بالرهن، أو بعقد تبرع أي كان.

ومنها: أنه يجوز التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة، وبغيرها.

ومنها: أنه يجوز التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في عقود غير المعاوضات، سواء كان في عقد القرض، أو الهبة، أو الوصية، أو غيرها مما يأخذ حكمها.

ومنها: أنه يجوز التصرف بالأعيان المملوكة قبل قبضها في غير العقود كالتصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها في استحقاق أموال الوقف، وكذا التصرف في الأعيان المملوكة بالميراث قبل قبضها. والله أسأل لي ولكل من قرأ هذا العمل علماً نافعاً، وعملاً صالحاً متقبلاً.

Change of Ownership Before Total Possession

Fahad K. Al-Motairi

*Assistanat professor ,Dept of Islamic Fiqh
College of shara'ah and Islamic law*

Abstract. This research includes a study of Jurisprudence questions concerning receiving money . It has the rules of dealing with un sold holding before receiving it whether it was in uncertain contract because of fear of damage of the holding before its receiving or not .

I have explained in this study the meaning of uncertain contract because of damage of the holding before its receiving

Crowd of scientists see that unstable holding is the holding whose contract could be cancelled un satisfactorily by both or one of the holders.

Crowd of scientists totally see that what bans disposal of the holding is the probability of contract cancellation because of damage of the holding before receiving it .

If the contract is probably cancelled by one of the contractors or others because of any other reason except damage , the disposa will not be banned .

I have concluded that compensation could be taken in the case of holding damage before receiving it and the disposal without compensation .

It is possible to dispose of the holding that has a contract before receiving it .

It is possible to dispose of holding before receiving it in contracts not compensations .

It is possible to dispose of holding before receiving it without contracts like dispose of mart mains and inheritance deserving .